Die Einwirkung auf ausländische Prozesse durch Unterlassungs- und Schadensersatzklagen

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines

DOKTORS DER RECHTE

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Otto Graf Praschma
Assessor, M.C.L.

Saarbrücken 1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Die Einwirkung auf ausländische Prozesse durch Unterlassungs- und Schadensersatzklagen

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines

DOKTORS DER RECHTE

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Otto Graf Praschma

Assessor, M.C.L.

Saarbrücken 1971

Tag der Disputation: 21. Juli 1971

Dekan: Prof.Dr.jur.Wilhelm Karl Geck M.A.

1. Berichterstatter: Prof.Dr.jur.Dr.h.c.
Gerhard Lüke

2. Berichterstatter: Prof.Dr.jur.
Bernhard Aubin

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis		I
Literaturverzeichnis		V
Verzeichnis amerikanischer Fälle		XXVIII
Einleitung		1
Erster Teil: Deutsches Recht		7
1	Ausgewählte Grundlagen materieller Ansprüche	7
1.1	Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen	7
1.1.1	Diskussionspunkte in Literatur und Rechtsprechung	7
1.1.2	Das Klagrücknahmeversprechen	8
1.1.3	Der Schiedsvertrag	12
1.1.4	Die Prorogation	16
1.1.5	Die gegenseitige Abhängigkeit von Qualifikation und Wirkungen der Vereinbarung	19
1.2	Haftung aus der Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Titels	23
1.3	Haftung aus sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)	28
1.4	Allgemeine Deliktshaftung (§ 823 BGB) oder Haftung aus dem Prozeßrechtsverhältnis	31
1.5	Die Konkurrenz der materiellen Ansprüche mit prozessualen Behelfen	35
2.	Fallgestaltungen mit internationalrechtlichem Bezug	46
2.1	Fälle der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen und ihre Lösung nach den dargelegten Auffassungen	46
2.1.1	Fälle	
2.1.2	Problemaufriß	47
2.1.2.1	Die Zulässigkeit der Klage vor einem deutschen Gericht (F 2) gegenüber einem ausländischen Prozeß	47
2.1.2.1.1	Die Zuständigkeit des deutschen Gerichts (F 2) als Zulässigkeitsvoraussetzung	47

2.1.2.1.2	Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage vor einem deutschen Gericht (F 2)	48
2.1.2.2	Die sachliche Prüfung des materiellen Anspruchs aus einer Vereinbarung über prozessuale Beziehungen	5o
2.1.2.2.1	Die auf die Vereinbarung anzuwendende Kollisionsnorm	5o
2.1.2.2.1.1	Die Anwendung der Regeln des IPR bei schuldrechtlicher Qualifikation der Vereinbarungen	51
2.1.2.2.1.2	Die Anwendung der lex fori bei prozeßrechtlicher Qualifikation	53
2.1.2.2.2	Die Abhängigkeit der Lösung von der verpflichtenden Wirkung der Vereinbarung	54
2.1.2.3	Die Vollstreckung eines stattgebenden Urteils	55
2.2	Fälle der Haftung bei Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel	56
2.3	Fälle der deliktischen Haftung	6o
2.3.1	Der Fall der lettischen Scheidung - § 826 BGB	6o
2.3.2	Haftung nach § 823 BGB	63
2.4	Kritik	65
2.4.1	Die Diskrepanz der Behandlung von Prorogation und Schiedsabrede	65
2.4.2	Bedenken gegen die schuldrechtliche Qualifikation der Anspruchsgrundlagen	69
2.4.2.1	Problematik der Anwendung des Statuts der schuldrechtlichen Verträge	69
2.4.2.2	Problematik der Anwendung des Deliktstatuts	71
2.4.3	Bedenken gegen die prozeßrechtliche Qualifikation und die Anwendung der lex fori	71
3	Der eigene Lösungsversuch	74
3.1	Die Bedeutung der Qualifikation der Anspruchsgrundlagen	74
3.1.1	Begriff und Zweck der Qualifikation	74
3.1.2	Die Qualifikation im Kollisionsrecht	8o
3.2	Die Qualifikation der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen	84

3.2.1	Ablehnung der privatrechtlichen Qualifikation	84
3.2.2	Die prozeßrechtliche Qualifikation	88
3.2.2.1	Eingrenzung des Prozeßstatuts (lex fori Regel)	88
3.2.2.2	Das zu beurteilende Prozeßrechtsverhältnis als Anknüpfungsbegriff	9o
3.3	Ergebnis für das Klagrücknahmeversprechen	93
3.4	Schiedsvertrag und Prorogation	94
3.4.1	Anknüpfung an mehrere Prozeßrechtsverhältnisse	94
3.4.2	Die verpflichtende Wirkung von Schiedsvertrag und Prorogation	98
3.4.3	Die Einschränkung der verpflichtenden Wirkung aus internationalrechtlichen Gesichtspunkten	1o5
3.4.3.1	Bedenken gegen die Einwirkung auf ausländische Prozesse durch materielle Ansprüche	1o5
3.4.3.2	Begrenzung der verpflichtenden Wirkung durch den Grundsatz der territorialen Beschränkung des deutschen Prozeßrechts	1o8
3.5	Die Qualifikation der prozessualen Gefährdungshaftung	112
3.6	Die Qualifikation der unerlaubten Handlung	116
3.7	Ansprüche aus § 826 BGB	122
3.7.1	Lösung des Falles der lettischen Scheidung (RGZ 157, S.136)	122
3.7.2	Ansprüche aus § 826 BGB gegenüber arglistigem Verhalten innerhalb eines ausländischen Prozesses	124
3.8	Der Einfluss des Anspruchsinhalts auf die Qualifikation	132
3.8.1	Der vorbeugende Unterlassungsanspruch	133
3.8.2	Der Wertersatzanspruch	137
3.9	Die internationale Zuständigkeit des deutschen Gerichts (F 2) zur Entscheidung über die Klage	139
4	Überleitung zur vergleichenden Betrachtung der Rechtslage in den USA	142

Zweiter Teil: Der Unterlassungsbefehl gegen fremde Prozesse im Recht der USA: die "antisuitinjunction" 148

1 Die "injunction" 148

1.1 Einleitungsfall: James v.Grand Trunk Western RR.Co. 148

1.2 Die injunction im allgemeinen 149

1.3 Vollstreckung: "contempt of Court" 151

2 Die Entstehung und Entwicklung der antisuitinjunction im Rahmen der "equity" 154

2.1 Die Ausgangslage: Chief Justice Coke und Kanzler Lord Ellesmere 154

2.2 Die Entwicklung in England 157

2.3 Die Entwicklung in den USA 158

3 Die wichtigsten Fallgruppen der antisuitinjunction 162

3.1 Scheidungsfälle 162

3.1.1 Hintergrund: die Scheidungsparadiese 162

3.1.2 Fälle aus dem Staat New York 167

3.1.3 Fälle aus anderen Staaten 179

3.2 Fälle von Schadensersatzprozessen wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung (personal injury cases) 187

3.2.1 Der Gerichtsstand der Geschäftstätigkeit 187

3.2.2 FELA-Fälle 193

3.3 Das Verhältnis von Bundes- zu Staatsgerichten 197

4 Die Aufgaben der antisuitinjunction 2o1

4.1 Abwehr der Gesetzesumgehung 2o1

4.2 Die injunction als Ersatz eines Prozeßbehelfs 2o4

4.3 Die injunction als Mittel zur Abwehr rechtswidriger Handlungen 212

5 Die antisuitinjunction als Hindernis im Prozeß der Rechtsangleichung 214

6 Richterstimmen zur rechtspolitischen Würdigung 224

Literaturverzeichnis

Allorio Enrico	Rechtsschutzbedürfnis? ZZP Bd. 67, S. 321 (1954)
Arens Peter	Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren, Bielefeld 1960 (zit. Streitgegenstand)
Arnold Hans	Die Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr AWD 1958, S. 238
Barz Carl Hans	Das Klagezurücknahmeversprechen Mannheim, Berlin, Leipzig 1933
Battifol Henri	Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative De conflictu legum; Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, Sonderheft Oktober 1962, S. 55 (zit. De conflictu legum)
Bauer Herbert	Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands Paris 1965 (zit. Compétence) Zusammenfassung des franz. Teils auch RabelsZ Bd.30, S. 483 (1966)
Baumbach Adolf - Lauterbach Wolfgang	Zivilprozeßordnung 29. Aufl. München, Berlin 1966 30. Aufl. München 1970 (zit. ZPO)
ders. - Schwab Karl Heinz	Schiedsgerichtsbarkeit 2. Aufl. München, Berlin 1960
Baumgärtel Gottfried	Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren ZZP Bd.69, S. 89 (1956)
ders.	Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß Berlin, Frankfurt 1957 (zit. Wesen)
ders.	Die Klage auf Vornahme, Widerruf oder Unterlassung einer Prozeßhandlung in einem bereits anhängigen Prozeß Festschrift für Hans Schima (75. Geb.Tag) Wien 1969

ders. - Scherf Dieter	Ist die Rechtsprechung zur Durchbrechung der Rechtskraft nach § 826 BGB weiterhin vertretbar? JZ 1970, S. 316
Baur Fritz	Anm. zu BGH JZ 1962, S. 94 = BGHZ 36, S. 18 JZ 1962, S. 95
ders.	Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht Summum Ius, Summa Iniuria, S. 97 Tübingen 1963 (zit. summum ius)
Behre Otto Peter	Der Streitgegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens Berlin 1968 (zit. Streitgegenstand)
Beitzke, Günther	Model Act zur Vollstreckung ausländischer Urteile Festschrift für H.C.Nipperdey (70. Geb.Tag) 1.Bd. S.855 München, Berlin 1965
ders.	Auslandswettbewerb unter Inländern - BGHZ 40, S. 391 JuS 1966, S. 39
Bernhardt Wolfgang	Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung ZZP Bd. 66, S. 77 (1953)
Blake Nelson M.	The road to Reno New York 1962
Blomeyer Arwed	Zivilprozeßrecht Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963 (zit. ZPR)
Böhm Peter	Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten ZfRV 1968, S. 262
Bötticher Eduard	Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm AcP Bd. 158, S. 385 (1959/60)
ders.	Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht Vom Deutschen zum Europäischen Recht Festschrift für Hans Dölle, Bd.1, S.41 Tübingen 1963

de Boor H.O.	Zur Lehre vom Schiedsspruch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Judicium Bd.1, S. 261 (1928/29)
Bröcker Walter	Möglichkeiten der differenzierten Regelbildung im internationalen Deliktsrecht Diss. München 1967
Broggini Gerardo	Gerichtsstandsvereinbarungen im deutsch-italienischen Handelsverkehr AWD 1969, S.93
Brunner Heinrich	Geschichte der englischen Rechtsquellen im Grundriß, mit einem Anhang über die normannischen Rechtsquellen Leipzig 1909 (zit. Geschichte)
Bruns Rudolf	Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts Festschrift für H.C.Nipperdey (70. GebTag) Bd.1, S.3 München, Berlin 1965
ders.	Zivilprozeßrecht Berlin, Frankfurt 1968 (zit. ZPR)
Bülow Arthur - Arnold Hans	Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen München, Berlin (Loseblatt) (zit. Der internationale Rechtsverkehr)
ders.	Effets de la prorogation internationale de juridiction en matière patrimoniale De conflictu legum, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, Sonderheft, Oktober 1962, S. 89 (zit. De conflictu legum)
Bunsen	Prozeßrechtsgeschäfte ZZP Bd.35, S. 401 (1906)
Cappelletti Mauro	An open Letter to Professor Hans Schima about the Need, Difficulties and Purposes of Comparative Civil Procedure Festschrift f. Hans Schima (75. GebTag) S. 125, Wien 1969

Chaffee Zechariah Jr.- Re Edward D.	Cases and Materials on Equity, 4. Aufl. Foundation Press 1958 (zit. Cases on Equity)
Cheatham Elliott E. - Griswold Erwin N.- Reese Willis L.M.- Rosenberg Maurice	Cases and Materials on Conflict of Laws 5. Aufl. Foundation Press 1964 (zit. Conflict of Laws)
Cook Walter W.	The Powers of Courts of Equity Col.L.Rev. Bd.15, S.37,106,228 (1915)
Costede Jürgen	Scheinprozesse ZZP Bd.82, S. 438 (1969)
v. Craushaar Götz	Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozeßnormen auf österreichisches Erbrecht im deutschen Verfahren Karlsruhe 1961 (zit. Die internationalrechtliche Anwendbarkeit)
Currie David P.	Suitcase Divorce in the Conflict of Laws: Simons, Rosenstiel and Borax U.of Chi.L.Rev. Bd.34, S.26 (1966)
Dernburg Heinrich	Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten DJZ 1905, S. 465
Deutsch Erwin	Wettbewerbstatbestände mit Auslandsbeziehung Stuttgart 1962 (zit. Wettbewerbstatbestände)
Deybeck Carl	Der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung Erlangen 1888 (zit. Gerichtsstand)
Dölle Hans	Der ordre public im internationalen Privatrecht Beiträge zum bürgerlichen Recht, Sonderveröffentlichung von RabelsZ, Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, S. 89 Tübingen, Berlin 1950 (zit. Beitr.z.bürg.Recht)

Dölle Hans	Pflicht zur redlichen Prozeßführung? Festschrift für Otto Riese, S. 288 Karlsruhe 1964
ders.	Internationales Privatrecht, Eine Einführung in seine Grundlagen Karlsruhe 1968 (zit. IPR)
Dumbauld Edward	Judicial Interference with Litigation in other Courts Dickinson L.Rev. Bd.74, S.375 (1969/70)
Ehrenzweig Albert A.	A treatise on the Conflict of Laws St. Maul/Minn. 1962 (zit. Conflict of Laws)
Ehrenzweig Armin	Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen Bespr. von Kohler J., Gruch.Beitr. Bd.31, S.276, 481 Grünhuts Zeitschrift Bd.18, S.228 (1891)
Eisemann Frédérick - Mezger Ernst - Schottelius Dieter J.	Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen Frankfurt, Berlin 1958 (zit. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)
Eisenlohr	Zur Lehre von der Klagezurücknahme Bad.Annalen Bd.57, S.254 (1891) Bd.58, S.143,157,173 (1892)
Emmerich Volker	Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge ZZP Bd.82, S.413 (1969)
Enneccerus Ludwig - Lehmann Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl. Tübingen 1958 (zit. Schuldrecht)
Esser Josef	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1 4. Aufl. Karlsruhe 1970 Besonderer Teil, Bd.2, 3. Aufl. Karlsruhe 1969 (zit. Esser, Schuldrecht Bd.1, AT; Bd.2, BT)

Ferid Murad	"Contempt of Court" im Zivilprozeß und ähnliche Regelungen in anderen Rechten Beiträge zum bürgerlichen Recht, hrsg. v. Ernst Wolff, Sonderveröffentlichung v. RabelsZ, Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London S. 234 Berlin, Tübingen 1950 (zit. Beiträge zum bürg.Recht)
ders. - Firsching Karl	Internationales Erbrecht München, Berlin (Loseblatt)
Fikentscher Wolfgang	Schuldrecht Berlin 1969
Fischer-Fischerhof Hans	Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung Berlin, Leipzig 1934 (zit. Schadensersatzpflicht)
Förster A. - Kann Richard	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 3. Aufl. Berlin 1913 (zit. ZPO)
Foster Henry H.	Recognition of Migratory Divorces: Rosenstiel v. Section 250 NY. U.L.Rev. Bd.43, S.429 (1968)
ders. - Freed Doris Jonas	The Divorce Reform Law New York 1970
Francescakis Phocéon	La prudente élaboration par la Conférence de la Haye d'une convention sur le divorce Journal de droit international 1965, S. 24
Fulda Carl H.	Einführung in das Recht der USA Baden-Baden 1966
Gadow Wilhelm	Die Einrede der Arglist IheringsJb. Bd.84, S.174 (1934)
Gaudemet-Tallon Hélène	La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé Paris 1965 (zit. La prorogation)

Gaul Hans Friedhelm	Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe Bielefeld 1956 (zit. Grundlagen)
ders.	Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses AcP Bd.168, S. 27 (1968)
Georgiades Apostolos	Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und im Zivilprozeßrecht München 1967 (zit. Anspruchskonkurrenz)
Gerland Heinrich B.	Die englische Gerichtsverfassung, 2 Halbbde. Leipzig 1960 (zit. Gerichtsverfassung)
Görres Karl Heinrich	Die Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht ZZP Bd. 35, S. 313 (1906)
Goldfarb Ronald L.	The Contempt Power Col.U.Press 1963
Goldschmidt James	Der Prozeß als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens Berlin 1925 (zit. Prozeß)
Goodhart Arthur L.	Costs Yale L.J. Bd.38, S. 849 (1929)
Guldener Max	Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz Zürich 1951, Supplement Zürich 1959 (zit. IZPR)
Gutzwiller Peter Max	Von Ziel und Methode des IPR Schw.Jb.f.intern.Recht Bd.25, S. 161 (1968)
Habscheid Walther J.	Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen KTS 1955, S. 33
ders.	Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte NJW 1962, S. 5

ders.	Parteivereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach deutschem und schweizerischem Recht Festschrift für Hans Schima (75. GebTag), S. 175 Wien 1969
ders.	Die neuere Entwicklung des Rechts des Schiedswesens KTS 1970, S. 132
Hahn Carl	Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 2 der gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen 2 Abteilungen, Berlin 1880 (zit. Materialien)
Hanbury	Modern Equity 6. Aufl. London 1952
Harder Eric	Die Anerkennung und Vollstreckung deutscher Urteile, insbesondere deutscher Ehescheidungsurteile und Schiedssprüche im Staate New York Diss. Frankfurt 1966 (zit. Anerkennung)
Hargrave Francis	A Collection of tracts relative to the Law of England Bd.1 Dublin 1787 (zit. Harg. Law Tracts)
Hatschek Julius	Das Staatsrecht des Vereinigten Königreichs Großbritannien-Irland Tübingen 1914 (zit. Staatsrecht)
Hedemann Justus Wilh.	Flucht in die Generalklauseln? Tübingen 1933
Heilberg	Zuständigkeitsvereinbarungen und Sondergerichtsstände im Entwurf der ZPO ZZP Bd.57, S. 448 (1933)
Heldrich Andreas	Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht Tübingen 1970 (zit. Intern. Zuständigkeit)
Hellwig Hans Jürgen	Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages Bonn 1968 (zit. Systematik)

ders.	Schadensersatzpflichten aus prozessualem Verhalten NjW 1968, S. 1072
Hellwig Konrad	System des Deutschen Zivilprozeßrechts 1. Teil, Leipzig 1912 (zit. System)
ders.	Anspruch und Klagrecht Leipzig 1925 (zit. Anspruch)
Henckel Wolfram	Die ergänzende Vertragsauslegung AcP Bd. 159, S. 106 (1961)
ders.	Prozeßrecht und materielles Recht Göttingen 1970 (zit. Prozeßrecht)
v.Heymann Ekkehardt	Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit Bielefeld 1969 (zit. ordre public)
Hillermeier H.	Klage auf Rücknahme einer verwaltungsgerichtlichen Klage? DVBl 1967, S. 19
v. Hippel Eike	Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile durch den Staat New York FamRZ 1969, S. 457
Holdsworth William	A history of English law Bd. 1, 7. Aufl. London 1956 (zit. History)
Hopt Klaus	Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung München 1968 (zit. Schadensersatz)
Jahr Günther - Kropf Gerhard	Die "pfiffigen" Miterben (Der praktische Fall) JuS 1963, S. 356
ders.	Die Einrede des bürgerlichen Rechts JuS 1964, S. 125, 218, 293
ders.	Internationalrechtliche Beiträge zur allgemeinen Zivilrechtswissenschaft Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

	Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, S. 179 Heidelberg 1967
Jauernig Othmar	Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung ZZP Bd. 66, S. 398 (1953)
Jellinek Walter	Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile 2 Bde. Berlin, Tübingen 1953
Kaser Max	Das römische Zivilprozeßrecht München 1966 (zit. Das römische ZPR)
Kaufmann Horst	Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens JZ 1964, S. 482
Kegel Gerhard	Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch 2. Aufl. München, Berlin 1964 (zit. IPR)
Kempf Ludwig	Zur Problematik des Musterprozesses ZZP Bd. 73, S. 342 (1960)
Kisch Wilhelm	Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages ZZP Bd. 51, S. 321 (1926)
Köst Ewald	Außergerichtlicher Vergleich, Klagerücknahmeversprechen und Erledigung in der Hauptsache DR 1940, S. 97
Kohler Josef	Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen Gruch. Beitr. Bd.31, S. 276, 481 (1887)
ders.	Zum internationalen Civilprozeßrecht ZZP Bd. 10, S. 449 (1887)
ders.	Der Prozeß als Rechtsverhältnis Mannheim 1888

ders.	Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozess AcP Bd. 80, S. 141 (1893)
ders.	Aequitas gegen res iudicata AcP Bd. 114, S. 270 (1916)
Kralik Winfried	Die internationale Zuständigkeit ZZP Bd. 74, S. 2 (1961)
Kropholler Jan	Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut RabelsZ Bd. 33, S. 601 (1969)
Larenz Karl	Anm. zu LG Frankenthal NJW 1955, S. 263
ders.	Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht NJW 1963, S. 737
ders.	Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung Karlsruhe 1965 (zit. Kennzeichen)
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, Allgemeiner Teil 10. Aufl. München 1970 Bd. 2, Besonderer Teil 8. Aufl. München, Berlin 1967 (zit. Schuldrecht I AT, II BT)
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1969
Lascano Carlos Alberto	Derecho internacional privado La Plata 1965
Leflar Robert A.	The Converging Limits of State Jurisdictional Powers J.of Pub.L. Bd.9, S. 282 (1960)
Lent Friedrich	Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß ZZP Bd.67, S. 344 (1954)
ders. - Jauernig Othmar	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht 9. Aufl. München, Berlin 1963

Lichtenstein Erwin	Der gewerbliche Rechtsschutz im internationalen Privatrecht NJW 1964, S. 1208
Linn	Beendigung des Verwaltungsprozesses ohne Streitentscheidung in der Sache DVBl 1956, S. 816, 849
Löwe Walter	Einschränkung von Gerichtsstandsvereinbarungen ZRP 1970, S. 97
Lorenz Werner	Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch AcP Bd.157, S. 265 (1958/59)
Lüke Gerhard	Zur Klage auf Herausgabe des Vollstreckungstitels JZ 1956, S.475
ders.	Grundsätze des Verwaltungsprozesses JuS 1961, S.41
ders.	Zum Zivilprozessualen Klagensystem JuS 1961, S.41
Lukes Rudolf	Die Vollstreckungsabwehrklage bei sittenwidrig erschlichenen und ausgenutzten Urteilen ZZP Bd.72, S. 99 (1959)
Lunz Lazar Adolfovich	Internationaler Zivilprozeß Berlin 1968 (zit. IZPR)
McClintock	Handbook on the Principles of Equity 2. Aufl. West Publishing Co. (1948) (zit. Equity)
Maier H.	Rechtsverfolgung und Rechtsvereitelung im internationalen Rechtsverkehr durch Gerichtsstandsvereinbarungen NJW 1959, S. 1450
Maitland F.W.	Equity 2. Aufl. Cambridge 1936
Makarov Alexander N.	Theorie und Praxis der Qualifikation Vom Deutschen zum Europäischen Recht Festschrift für Dölle, Bd. 2, S.149 Tübingen 1963
Mann Frederick A.	Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Bd. 130, S. 97 (1967/68)

Marmo Luigi	La compétence internationale exorbitante et les articles 2 et 4 du code de procédure civile italien De conflictu legum, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, Sonderheft, Oktober 1962, S. 324 (zit. De conflictu legum)
Maßfeller	Anm. zur Entscheidung des KG in JW 1937, S. 1977
Matscher Franz	Zur europäischen Integration auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts Jur.Bl. 1965, S.194
ders.	Zuständigkeitsvereinbarungen im österreichischen und im internationalen Zivilprozeßrecht Wien, New York 1967 (zit. Zuständigkeitsvereinbarungen)
Maurach Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 3. Aufl. Karlsruhe 1965 (zit. Deutsches Strafrecht, AT)
zur Megede Friedrich C.	Gerichtsstandsvereinbarungen nur zwischen Kaufleuten? ZRP 1969, S. 200
Meili F.	Das Internationale Civilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis 2 Bde. Zürich 1904 (zit. ICPR)
Mezger Ernst	Bespr. von Gaudemet-Tallon RabelsZ Bd.30, S. 555 (1966)
Minoli Eugenio	L'Italie et la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères International Arbitration, Liber amicorum for Martin Domke S. 199 The Hague 1967
Mößlang Gerhard	Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im Kollisionsrecht der Vereinigten Staaten, Frankreichs und Deutschlands, Ein rechtsvergleichender Überblick Diss. München 1964, maschinengeschrieben (zit. Wohnsitz)
Münzberg Wolfgang	Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage JZ 1967, S. 689

Neuhaus Paul Heinrich	Internationales Zivilprozeßrecht und Internationales Privatrecht RabelsZ Bd. 20, S. 201 (1955)
ders.	Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts Berlin, Tübingen 1962 (zit. Grundbegriffe)
Neumayer Karl Heinz	Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel Vom Deutschen zum Europäischen Recht Festschrift für Dölle, 2.Bd., S.179 Tübingen 1963
Neumeyer Karl	Internationales Verwaltungsrecht, 4 Bde. Bd. 4 Allgemeiner Teil Zürich, Leipzig 1936
Neuner Robert	Privatrecht und Prozeßrecht Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
ders.	Internationale Zuständigkeit Mannheim, Berlin, Leipzig 1929
Newman Ralph A.	Equity and Law, A comparative study Oceana Publ. 1961 (zit. Equity)
Niese Werner	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen Göttingen 1950
Nikisch Arthur	Zivilprozeßrecht 2. Aufl. Tübingen 1952 (zit. ZPR)
Owens Robert L.	Note on Columbia Nastri & Carta Carbone SpA v. Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co. (367 F.2d 308, CCA,2d (1966)) Tx.Int.L.Forum Bd.3, S. 323 (1967)
Pagenstecher Max	Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der internationalen Prorogation RabelsZ Bd.11, S. 337 (1937)

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl. München 1970 bearb. von Danckelmann Bernhard u.a. (zit. BGB)
Parker Reginald	Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika Wien 1960 (zit. Privatrecht)
ders.	Die Konfliktsnormen des amerikanischen Eherechts ZfRV Bd.2, S. 12 (1961)
Pecher Hans Peter	Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung Berlin 1967 (zit. Schadensersatzansprüche)
Pfeifer Helmuth	Die prozessualen Gestaltungsklagen Diss. Hamburg 1962
Plucknett Theodore F.T.	A concise history of the common law 2. Aufl. Rochester N.Y. 1936 (zit. a concise history)
Pohle Rudolf	Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis Festschrift für Friedrich Lent zum 75 GebTag, S. 195 München, Berlin 1957
ders.	Anm. zu BGH, MDR 1958, S. 413 MDR 1958, S. 753
Pollak Rudolf	Die Gerichtsstände der §§ 47 und 48 der österreichischen Jurisdictionsnorm (Forum prorogatum) GrünhutsZ Bd.18, S. 64 (1891)
Pollock Frederick	Essays in the law, The Transformation of Equity London 1922 (zit. The transformation of Equity)
Pound Roscoe	The place of Judge Story in the making of American law Cambridge 1914 auch: AmL.Rev. Bd.48, S.676 (1914)
Prosser William L.	Handbook of the law of torts 2. Aufl. St.Paul/Minn. 1955 (zit. Torts)

Raape Leo	Internationales Privatrecht 5. Aufl. Berlin, Frankfurt a.M.1961 (zit. IPR)
Rabel Ernst	Das Problem der Qualifikation RabelsZ Bd.5, S.241 (1931)
Radbruch Gustav	Der Geist des englischen Rechts 2. Aufl. 1947 (zit. der Geist)
Reichel Hans	Unklagbare Ansprüche Jherings Jb. Bd.59, S.407 (1911) Bd.60, S. 38 (1912)
Reu Fritz	Die Scheidungsklage eines deutschen Ehegatten vor einem ausländischen Gericht als unzulässige Rechtsausübung (Gesetzesumgehung) ZdAkfDR 1938, S. 731
Rheinstein Max	Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht Berlin, Leipzig 1932 (zit. Struktur)
ders.	Domicile as jurisdictional basis of divorce decrees Conn.B.J. Bd.23, S.280 (1949)
ders.	Bespr. von Müller-Freienfels, Ehe und Recht AcP Bd.164, S. 368 (1964)
Riezler Erwin	Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht Berlin, Tübingen 1949 (zit. IZPR)
Rosenberg Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl. München, Berlin 1961 (zit. ZPR)
Rosenberg Leo - Schwab Karl Heinz	Zivilprozeßrecht 10. Aufl. München 1969 (zit. ZPR)
Roth Günter H.	Der Vorbehalt des ordre public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen Bielefeld 1967 (zit. Der Vorbehalt des ordre public)

Sachse	Beweisverträge ZZP Bd.54, S.409 (1929)
St.Germain Christopher	Doctor and Student or Dialogues between a doctor of divinity and a student in the Laws of England 17. Aufl. London 1787
Sauer Wilhelm	Allgemeine Prozeßrechtslehre Köln 1951
v.Savigny Friedr.Carl	System des heutigen Römischen Rechts Bd. 8 Berlin 1849 (zit. System)
Schiedermair Gerhard	Vereinbarungen im Zivilprozeß Bonn 1935 (zit. Vereinbarungen)
ders.	Zum Verhältnis von Wiederaufnahmeverfahren und Vorprozeß Vom Deutschen zum Europäischen Recht Festschrift für Hans Dölle, Bd.1, S.329 Tübingen 1963
Schlesinger Rudolf B.	Die Rolle des Supreme Court im Privat- und Prozeßrecht der Vereinigten Staaten Karlsruhe 1965 (zit. Die Rolle des Supreme Court)
Schlosser Peter	Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile Bielefeld 1966 (zit. Gestaltungsklagen)
ders.	Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß Tübingen 1968 (zit. Einverständliches Parteihandeln)
Schneeweiss Franz J.	Das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsort im deutschen Internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung Diss. Köln 1959 (zit. Verhältnis)
Schnitzer Adolf	Die funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht Festgabe für Wilhelm Schönenberger S. 387, Freiburg/Schweiz 1968
ders.	Die Zuordnung der Verträge im internationalen Privatrecht RabelsZ Bd.33, S.17 (1969)

Schnorr v. Carolsfeld Ludwig	Internationale Fragestellungen zur Dogmatik des Deutschen Zivilprozeßrechts Festschrift für Lent (75. Geb.Tag)S.245 München, Berlin 1957
Schoch Magdalene	Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Licht des internationalen Rechts. Zugleich ein Beitrag zu der Lehre von der Qualifikation Leipzig 1934 (zit. Klagbarkeit)
Schönke Adolf	Das Rechtsschutzbedürfnis Ein zivilprozessualer Grundbegriff AcP Bd.150, S.216 (1949)
ders.	Das Rechtsschutzbedürfnis Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff Detmold, Frankfurt/M, Berlin 1950
ders. - Schröder Horst - Niese Werner	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 8. Aufl. Karlsruhe 1956 (zit. ZPR)
ders. - Kuchinke Kurt	Zivilprozeßrecht, Ein Lehrbuch 9. Aufl. Karlsruhe 1969 (zit. ZPR)
ders. - Baur Fritz	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 8. Aufl. Karlsruhe 1969
ders. - Schröder Horst	Strafgesetzbuch 15. Aufl. München 1970 (zit. StGB)
Schwarz Adreas B.	Equity, Das Zivilrecht in Einzeldarstellungen Die Zivilgesetze der Gegenwart Bd.2, S. 101 Mannheim, Berlin, Leipzig 1931 (zit. Equity)
v.Seuffert Lothar	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 11. Aufl. 1.Bd. München 1910 2. Bd.München 1911 (zit. ZPO)
Siber Heinrich	Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht Jherings Jb. Bd.50, S.55 (1906)

Siebert Wolfgang	Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung Marburg 1934 (zit. Verwirkung)
Simitis Konstantin	Gute Sitten und ordre public Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB Marburg 1960 (zit. Gute Sitten)
Simitis Spiros	Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Privatrecht JuS 1966, S. 215
Soergel Hs.Th.	Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. bearb. von Siebert W. u.a. bisher erschienen Bd. 1-4, 7 Stuttgart 1967 ff. (zit. BGB, EGBGB)
Staab, Helmut	Gestaltungsklage und Gestaltungsklagerecht im Zivilprozeß Diss. Saarbrücken 1967 (zit. Gestaltungsklage)
v.Staudinger J.	Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 11. Aufl. bearb.v.Beitzke u.a. Berlin 1954 ff. (zit. BGB)
v.Steiger Werner	Betrachtungen zum Schutz der Persönlichkeit im internationalen Privatrecht Schw.Jb.f.Int.Recht Bd.25, S.197 (1968)
Stein Friedrich - Jonas Martin	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 19. Aufl. bearb. v. Pohle u.a. Tübingen 1964 ff. (zit. ZPO)
Steindorff Ernst	Sachnormen im internationalen Privatrecht Frankfurt 1958 (zit. Sachnormen)
ders.	Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung Summum Ius, Summa Iniuria Tübingen 1963 (zit. summum ius)
Stephan Bodo	Das Rechtsschutzbedürfnis Berlin 1967

Story Joseph — Commentaries on Equity Jurisprudence
Bd. 2
3. Aufl. Boston, London 1843
(zit. Commentaries)

Szászy Istvan — International Civil Procedure
A comparative study
Leyden 1967
(zit. Intern. Civil Procedure)

Thomas Heinz - Putzo Hans — Zivilprozeßordnung
4. Aufl. München 1970
(zit.ZPO)

Thumm Ludwig — Die Klage aus § 826 BGB gegen rechtskräftige Urteile in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
Stuttgart 1959
(zit. Die Klage aus § 826 BGB)

Titze Heinrich — Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß
Beiträge zum Recht des neuen Deutschland
Festschrift für Franz Schlegelberger
(60. GebTag) S.165
Berlin 1936

Troller Alois — Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Basel 1952

v. Tuhr Andreas — Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (3 Bde.), unveränderter Nachdruck der 1. Aufl.1910
Berlin 1957
(zit. Allg.Teil des BGB)

Vischer Frank — Die Kritik an der herkömmlichen Methode des internationalen Privatrechts
Rechtsfindung
Festschrift für Oscar Adolf Germann
(80. GebTag) S. 287
Bern 1969

Wach Adolf — Handbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. 1
Leipzig 1885
(zit. Handbuch)

Walchshöfer Alfred	Die deutsche internationale Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit ZZP Bd.80, S.165 (1967)
Walker Gustav	Streitfragen aus dem internationalen Civilprozessrecht Wien 1897
ders.	Internationales Privatrecht 5. Aufl. Wien 1934 (zit. IPR)
Wengler Wilhelm	Bespr. von Steindorff, Sachnormen AcP Bd.158, S.543 (1959/60)
Wertheim Karl	Wörterbuch des englischen Rechts Berlin 1899 (zit. Wörterbuch)
Wieacker Franz	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB Tübingen 1956
Wieczorek Bernhard	Zivilprozeßordnung Berlin 1957 ff. (zit. ZPO-Großkommentar)
Wiethölter Rudolf	Zur Frage des internationalen ordre public Verhandlungen der 9. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Heidelberg 1965 Karlsruhe 1967
Wolff Ernst	Typische Entwicklungen im englischen Recht SJZ 1964, S.133
Wolff Hans J.	Verwaltungsrecht I 7. Aufl. München, Berlin 1968
Wolff Martin	Das internationale Privatrecht Deutschlands 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York –1954
Yoshimura Tokushige	Streitgegenstand und Verfahrensmaximen ZZP Bd. 83, S.245 (1970)
Zeisel Hans - Kalven Harry - Buchhold Bernard	Delay in Courts Boston, Toronto 1959

Zeiss Walter	Die arglistige Prozeßpartei Berlin 1967
ders.	Schadensersatzpflichten aus prozessualem Verhalten NJW 1967, S. 703
ders.	Restitutionsklage und Klage aus § 826 BGB - BGHZ 50, S. 115 JuS 1969, S. 362
Zeuner Albrecht	Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage Vom Deutschen zum Europäischen Recht Festschrift für Hans Dölle Bd. 1, S. 295 Tübingen 1963
Zöller Richard	Zivilprozeßordnung 10. Aufl. bearb. v. Degenhart u.a. München 1968

Comment — Forum non conveniens, Injunctions against Suit and Full Faith and Credit to Foreign Injunctions
U. of Chi.L.Rev. Bd.26, S.633 (1959)

Comment — Mexican Bilateral Divorce - A Catalyst in Divorce Jurisdiction Theorie?
NW. L.Rev. Bd.61, S.584 (1966)

Court Congestion, a monthly newsletter hrsg. v. American Bar Center Nr. 10, Dezember 1957

Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, Berlin 1898 (zit.Protokolle)

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium
Berlin 1931
(zit. Entwurf einer ZPO)

Gutachten — Der zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika, erstattet v. Max-Planck-Institut f. ausl. u. int. Privatrecht, Tübingen 1960

Note — The Anti-Injunction Statute And The First Amendment: The Yielding Of A Statute
Md.L.Rev. Bd.30, S.147 (1970)

Note — Restraint of foreign proceedings
Col. J. of Transn. L. Bd.5, S.308 (1966)

A Report by Justice Contempt of Court hrsg. v. Lord Shawcross, British Section of the Internationale Commission of Justice, London 1959

Die Abkürzungen amerikanischer Zeitschriften finden sich bei
Putnam, How to find the law (s. Fallverzeichnis)
oder im Index to legal periodicals

Verzeichnis amerikanischer Fälle

Adams v. Adams, N.Y. Spec.Term, 42 N.Y.S. 2d 266 (1943)

Aghnides v. Aghnides I, N.Y., Spec.Term, 150 N.Y.S.2d 371 (1956)
Aghnides v. Aghnides II, N.Y.,Spec.Term, 159 N.Y.S.2d 343 (1957)

Alaska Packers Ass'n v. Industrial Accident Comm'n of California, 294 U.S. 532 (1935)

Albert v. Albert, N.Y., Spec.Term, 199 N.Y.S.2d 766 (1960)

Allen v. Allen, N.Y., Spec.Term, 63 N.Y.S.2d 924 (1946)

Allen v. Chicago Great Western R.Co.,Ill.,239 Ill. App.38 (1925)

Amalgamated Clothing Workers of America v. Richman Brothers Co., 348 U.S. 511 (1955)

Applestein v. United Board & carton Corp., N.J., S.Ct., 35 N.J.343, 173 A.2d 225 (1961)

Armetta v. Armetta, N.Y., Spec.Term. 68 N.Y.S.2d 880 (1947)

Arpels v. Arpels, N.Y., App.Div., 193 N.Y.S.2d 754 (1959)

Ashkenaz v. Ashkenaz, N.Y., Spec.Term, 41 N.Y.S.2d 388 (1943)

Baltimore & O.R.Co. v. Bole, U.S.D.Ct., W.D.W.Va., 31 F.Supp, 221 (1940)

Baltimore & O.R.R.Co. v. Halchak, U.S.D.Ct., W.D.Pa., 71 F.Supp.224 (1947)

Baltimore & Ohio R.Co. v. Kepner, 314 U.S.44 (1941)

Barr v. Thompson, Tx., Ct.of Civ.App.,350 S.W.2d 36 (1961)

Barzilay v. Barzilay, N.Y., Spec.Term, 75 N.Y.S.2d 428 (1947)

Bauer v. Bauer, N.Y., Spec.Term, 182 N.Y.S.2d 59(1958)

Bedient v. Bedient, N.Y., Spec.Term, 74 N.Y.S.2d 456 (1947)

Bigelow v. Old Dominion Copper Mining and Smelting Co., N.J. Chan., 74 N.J. Eq.457, 71 A. 153 (1908)

Blanchard v. Commonwealth Oil Company, CCA, 5th, 294 F.2d 834 (1961)

Borax v. Borax, N.Y., Spec.Term, 136 N.Y.S.3d 164 (1952)

Boston v. Boston, N.Y., Spec.Term, 129 N.Y.S.2d 580, 205 Misc.561 (1964)

Boston & M.R.R. v. Whitehead, Mass., S.Jud.Ct., 29 N.E.2d 916 (1940)

Boyajian v. Boyajian, N.Y., Spec.Term, 43 N.Y.S.3d 643 (1943)

Brand v. Eubank, Ct.of Civ.App., Tx., 81 S.W.2d 1023 (1935)

Bryant v. Atlantic Coast Line R.Co., CCA, 2d, 92 F.2d 569 (1937)

(W.M.) Cameron & Co. v. Abbot, Tx., Ct.of Civ.App., 258 S.W.562 (1924)

Canadian Filters Ltd. v. Lear-Siegler Inc., CCA 1st, 412 F.2d 578 (1969)

Cann v. Cann, Spec.Term, N.Y., 127 N.Y.S.2d, 204 Misc. 1069 (1954)

Carr v. Carr, N.Y., Spec.Term, 52 N.Y.S.2d 386(1944)

Child v. Henry, Minn., S.Ct., 236 N.W.202 (1931)

Childress v. Johnson Motor Lines, N.C., S.Ct., 235 N.C. 522, 70 S.E.2d 558 (1952)

Ciacco v. Ciacco, N.Y., Spec.Term, 50 N.Y.S.2d398 (1944)

Coe v. Coe, 334 U.S. 378 (1948)

Cole v. Cunningham, 133 U.S. 107 (1890)

Columbia Nastri & Carta Carbone SpA v. Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co., CCA 2d,367 F.2d208 (1966)

Cotnareanu v. Woods, N.Y., Spec.Term, 278 N.Y.S. 589, 155 Misc. 95 (1935)

(Ex parte) Crandall, U.S.D.Ct., S.D.Ind., 52 F.2d 650 (1931)
(Ex parte) Crandall, CCA 7th, 53 F.2d 969 (1931)

Crosley Corporation v. Hazeltine Corporation, CCA, 3d, 122 F.2d 925 (1941)

Danzis v. Metropolitan Life Ins.Co., N.Y., Spec. Term, 23 N.Y.S.2d 733 (1940)

Delaware, L.& W.R.Co. v. Ashelman, Pa., S.Ct., 150 A. 475 (1930)

De Raay v. De Raay, N.Y., App.Div., 255 App.Div.544, 8 N.Y.S.2d 361 (1938)
De Raay v. De Raay, N.Y., Ct.of App.,280 N.Y.822(1939)

Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479 (1965)

Dominick v. Dominick, N.Y., Spec.Term, 205 N.Y.S.2d 503 (1960)

Donovan v. City of Dallas, 377 U.S. 408 (1964)

Douglas v. New York, N.H. & H.R.Co., 279 U.S.377 (1929)

Duckworth v. Duckworth, N.Y., Spec.Term, 105 N.Y.S.2d 617 (1951)

Edell v. Edell, N.Y., App.Div., 284 App.Div.758, 134 N.Y.S.2d 758 (1954)

Faulk v. Faulk, N.Y., App.Div., 21 A.D.2d 967, 252 N.Y.S.2d 689 (1964)

Fauntleroy v. Lum, 210 U.S. 230 (1908)

Field v. Field, Ill., App.Ct., 223 N.E.2d 551 (1967)

First National Bank of Chicago v. United Airlines, 342 U.S. 396 (1952)

Food Fair Stores v. Square Deal Market Co., CCA, D.C., 187 F.2d 219 (1951)

Freundlich v. Freundlich, N.Y., Spec.Term, 47 N.Y.S. 2d 251 (1944)

Fromer v. Fromer, N.Y., Spec.Term, 138 N.Y.S.2d 883 (1955)

Gaskell v. Gaskell, N.Y., Special Term, 72 N.Y.S.2d 440 (1947)

Goldstein v. Goldstein, N.Y., Ct.of App., 283 N.Y. 146 (1940) 27 N.E.2d 969

Goodstein v. Goodstein, N.Y., Spec.Term. 134 N.Y.S. 2d 385 (1951)

Greenberg v. Greenberg, N.Y., App.Div., 218 N.Y.S. 87 (1926)

Greer v. Cook, Ar., S.Ct., 113 S.W.1009 (1908)

Gulf Oil Corp. v. Gilbert, U.S.S.Ct., 330 U.S.501 (1947)

Haddock v. Haddock, 201 U.S. 562 (1960)

H.M.Hamilton & Co. v. American Home Assurance Co., N.Y., App.Div., 21 A.D.2d 500, 251 N.Y.S.2d 215 (1964

Hammer v. Hammer, N.Y., App.Div. 278 App.Div. 396, 940; 105 N.Y.S.2d 812 (1951)
Hammer v. Hammer, N.Y., Ct.of App., 303 N.Y.481, 104 N.E.2d 864 (1952)

Harvey Aluminium v. American Cyanamid Co., U.S.D.Ct., S.D.N.Y., 15 F.D.R. 14 (1953)

Hayes Industries Inc. v. Carribbean Sales Associates, CCA 1st, 387 F.2d 498 (1968

Heitzmann v. Casanave, N.Y., Spec.Term, 128 N.Y.S. 2d 415 (1954)

Hess v. Hess, N.Y., Spec.Term, 136 N.Y.S.2d 163 (1950)

Hoenig v. Hoenig, N.Y., Spec.Term, 205 N.Y.S.2d 682 (1960)

(In re) Holmes' Estate, N.Y., Ct.of App., 291 N.Y. 261, 52 N.E.2d 424 (1943)

Holmes v. Holmes, N.Y. Spec.Term, 46 N.Y.S.2d628(1944)

Hughes v. Fetter, 341 U.S. 609 (1951)

Huntington v. Attrill, 146 U.S. 657 (1892)

Illinois Life Ins.Co. v. Prentiss, Ill, S.Ct., 277 Ill.383, 115 N.E. 554 (1917)

International Shoe Co. v. State of Washington, 326 U.S. 120 (1945)

Jackson v. Carter Oil Co., CCA, 10th, 179 F.2d 524 (1950)

Jacksonville Blow Pipe Co., v. Reconstruction Finance Corporation, CCA, 5th, 244 F.2d 394 (1957)

James v. Grand Trunk Western Railroad Company, Ill., S.Ct., 14 Ill.2d 356, 152 N.E.2d 858(1958)

Janney v. Janney, Pa., S.Ct., 350 Pa.133, 38 A.2d 235 (1944)

Jeffe v. Jeffe, N.Y., Spec.Term, 4 N.Y.S.2d 628(1938)

Johnson v. Muelberger, 340 U.S. 581 (1951)

Jones v. Jones I, N.Y., Spec.Term, 42 N.Y.S.2d263 (1943)

Jones v. Jones II, N.Y., Spec.Term, 168 N.Y.S.2d 33 (1957)

Julian v. Central Trust Co, 193 U.S. 93 (1904)

Kahl v. Grand Trunk Western Railroad Company, Ill., App.Ct., 13 Ill.App.2d 542, 142 N.E.2d 804(1957)

Kahn v. Kahn, Ill,, App.Ct., 325 Ill.App.137, 59 N.E.2d 874 (1945)

Kleinschmidt v. Kleinschmidt, Ill,, App.Ct., 343 Ill. App.539, 99 N.E.2d 623 (1951)

Kline v. Burke Construction Co., 260 U.S.226 (1922)

Koehring Company v. Hyde Construction Company, Miss., S.Ct., 178 So.2d 838 (1965), 857

Kramer v. Kramer, N.Y., Spec.Term, 139 N.Y.S.2d 450 (1954)

Labak v. Graznar, Ohio, Ct.of App., 54 Ohio App.191, 6 N.E.2d 790 (1935)

Langsam v. Langsam, App.Div., N.Y., 6 A.D.2d 840, 176 N.Y.S.2d 386 (1958)

Lankenau v. Coggeshall & Hicks, CCA, 2d, 350 F.2d 61 (1965)

Lawrence v. Lawrence, N.Y., Spec.Term, 53 N.Y.S.2d 288 (1945)

Leet v. Union Pac.R.Co.,Cal., App.,144 P.2d64(1943)
Leet v. Union Pac.R.Co.,Cal.,S.Ct.,25 Cal.2d 605, 155 P.2d 42, 158 A.L.R.1008 (1944)

Leiter Minerals, Inc. v. United States, 352 U.S. 220 (1957)

Lipman v. Lipman, N.Y., Spec.Term, 138 N.Y.S.2d 310 (1953)

Locomobile Co. v. American Bridge Co., N.Y., App. Div., 80 App.Div.44 , 80 N.Y.S.288 (1903)

Long v. Long, N.Y., Spec.Term, 94 N.Y.S.2d 83, 196 Mis.c 982 (1949)

Love v. Baker, England, Ch., I Cas.in Ch.67 (1665)

McCloskey v. McCloskey, N.Y., Spec.Term, 128 N.Y.S. 2d 24 (1953)

McDonald v. McDonald, N.Y., Spec.Term, 52 N.Y.S.2d 358, 182 Misc, 1006 (1944)

Machelsky v. Bizzell, CCA 5th, 414 F.2d 283(1969)

Magnolia Petrolium Co. v. Hunt, 320 U.S. 430 (1943)

Maloney v. Maloney, N.Y., Spec.Term, 51 N.Y.S.2d 4 (1944)

Marquis v. Marquis, N.J., Ct.of Err. and App., 189 A. 388 (1937)

Marshalek v. Marshalek, Pa., S.Ct., 415 Pa.582, 204 A.2d 277 (1964)

Martin v. Martin, N.Y.Spec.Term, 309 N.Y.S.2d 477 (1970)

Mead v. Merritt and Peck, N.Y., Ch., 2 Paige 402(1831)

Meng v. Meng, Pa, C.P., 47 Pa. D & C.429 (1943)

Merritt - Chapman & Scott Corp. v. Mutual Ben.L.Ins. Co., N.Y., App.Div., 237 App.Div.70, 260 N.Y.S. 374 (1932)

Messing v. Messing, Pa., C.P. 84 Pa. D.& Co.367(1952)

Miles v. Illinois Central R.R.Co., 315 U.S.698 (1942)

Milwaukee County v. M.E.White Co., 296 U.S.268(1935)

Mishkin v. Mishkin, N.Y., Spec.Term, 47 N.Y.S.2d514 (1944)

Missouri ex rel. Southern Railway Co. v. Mayfield, 340 U.S. 1 (1950)

Morad v. Williams, N.Y., S.Ct., 32 N.Y.S.2d 463, 177 Misc.933 (1942)

Murphy v. Murphy, N.Y., Spec.Term, 228 N.Y.S.2d 357, 32 Misc.2d 998 (1961)

Natalbany Lumber Co. v. McGraw, La., S.Ct., 188 La.863, 178 So.377 (1938)

National City Bank of N.Y. v. Beebe, N.Y., Spec. Term, 131 N.Y.S.2d 67 (1954)

National Equipment Rental LTD. v. Fowler, CCA, 2d, 287 F.2d 43 (1961)

Newell v. Newell, Cal.,Ct.of App.,289 P.2d 22 (1955)
Newell v. Newell, Cal.,S.Ct.299,P.2d 849(1956)

Newman v. Newman, N.Y. Spec.Term, 44 N.Y.S.2d 525 (1943)

New York, C. & St.L.R.Co. v. Matzinger, Ohio, S.Ct., 136 Ohio St, 271, 25 N.E.2d 349 (1940)

Niver v. Niver, N.Y., Spec.Term, Ill.N.Y.S.2d 889, 200 Misc.993 (1951)

Oates v. Morningside College, Iowa, S.Ct., 252 N.W. 783 (1934)

O'Haire v. Bruns, Colo., S.Ct., 101 P, 755 (1909)

O'Loughlin v. O'Loughlin, N.J., S.Ct., 6 N.J.170, 78 A.2d 64 (1951)

Oltarsh v. Oltarsh, N.Y., Spec.Term, 43 N.Y.S.2d 901 (1943)

Orphanos v. Markin, N.Y., Spec.Term, 193 N.Y.S. 2d 597 (1959)

Palmer v. Palmer, N.Y.S.2d, 329 (1944)

Pereira v. Pereira, N.Y., App.Div., 272 App.Div, 281, 70 N.Y.S.2d 763 (1947)

Philipson v. Philipson, N.Y., Spec.Term, 80 N.Y.S. 2d 581, 191 Misc. 913 (1948)

Pines v. Pines, N.Y., Spec.Term, 265 N.Y.S.2d 9, 48 Misc.2d 420 (1965)

Poly Repro International LTD. v. Pacific Copy Corp., N.Y., Spec.Term, 245 N.Y.S.2d 89 (1963)

Price v. Atchinson, T.& S.F.Ty.Co., Cal.,S.Ct., 268 P.2d 457 (1954)

Princess Lida v. Thompson, 305 U.S. 456 (1939)

Ratcliffe v. Ratcliffe, N.Y., Spec.Term, 126 N.Y.S. 2d 870 (1954)

Reynolds & Co. v. Home Indemnity Company, N.Y., Spec.Term, 180, N.Y.S.2d 593 (1958)
Reynolds & Co. v. Home Indemnity Company, N.Y., App.Div., 7 A.D.2d 988, 183 N.Y.S.2d 982(1959)

Rezendes v. Rezendes, N.Y., Spec.Term, 220 N.Y.S. 2d 645 (1961)

Ridder v. Ridder, N.Y., S.Ct., 22 N.Y.S.2d 749, 175 Misc.84 (1940)

Riverdale Mills v. Manufacturing Co., 198 U.S.188 (1905)

Rosenbaum v. Rosenbaum, N.Y., Ct.of App., 309 N.Y. 371, 130 N.E.2d 902, 54 A.L.R.2d 1232 (1955)

Rosenstiel v. Rosenstiel I, N.Y., Spec.Term, 225 N.Y.S.2d 905, 32 Misc.2d 542 (1962)

Rosenstiel v. Rosenstiel I, N.Y., App.Div., 15 A.D.2d 880, 225 N.Y.S.2d 912 (1962)

Rosenstiel v. Rosenstiel II, N.Y., Ct.of App., 16 N.Y.2d 64, 209 N.E.2d 709

Rothschild v. Naamlooze Vennootschap Geb. P.T., N.Y., Spec.Term, 88 N.Y.S.2d 157 (1949)

Royal League v. Kavanagh, Ill., S.Ct., 233 Ill. 175, 84 N.E.178 (1908)

Sandhouse v. Sandhouse, N.Y., Spec.Term, 172 N.Y.S. 2d 413 (1958)

Sanguinetti v. Sanguinetti, N.Y., Spec.Term, 138 N.Y.S.2d 312 (1953)

Second Nat.Bank of Philadelphia v. Thompson, N.J., Ch., 56 A.2d 492 (1947)

Selkowitz v. Selkowitz, N.Y., Spec. Term, 40 N.Y.S. 2d 9 (1943)

Sharp v. Learned, Miss., S.Ct., 188 So.302 (1939)

Sherrer v. Sherrer, 334 U.S. 343 (1948)

Siev v. Siev, N.Y. App.Div., 312 N.Y.S.2d 795 (1970)

Silver v. Silver, N.Y., Spec.Term, 122 N.Y.S.2d 186 (1953)

Simon v. Southern Railway, 236 U.S.115 (1915)

Sivakoff v. Sivakoff, N.Y., App.Div., 280 App.Div. 106, 111 N.Y.S.2d 864 (1952)

Slater v. Mexican National R.Company, U.S.S.Ct., 194 U.S.120 (1904)

Smith v. Smith, Pa., S.Ct., 364 Pa.1, 70 A.2d 630 (1950)

Southern California Petroleum Corporation v. Harper, CCA, 5th, 273 F.2d 715 (1960)

Southern Ry.Co. v. Painter, 314 U.S. 155 (1941)

Standard Oil Co. of Louisiana v. Reddick, Ark., S.Ct., 150 S.W.2d 612 (1941)

Star v. Star, N.Y., Spec.Term, 127 N.Y.S.2d 481 (1953,

State ex rel. Railroad Co. v. Nortoni, Mo., S.Ct., 331 Mo. 764, 55 S.W.2d 272, 85 A.L.R.1345(1932)

Steelman v. All Continent Co., 301 U.S.278 (1937)

Storkel v. Storkel, N.Y., Spec.Term, 179 N.Y.S.2d 570 (1958)

Stout v. Pate, Cal., Ct.of App., 261 P.2d 788 (1953)

Sullivan v. Sullivan, N.Y., Spec.Term, 71 N.Y.S. 2d 120 (1947)

Tennessee Coal, Iron & R.Co. v. George, 233 U.S.354 (1914)

Torlonia v. Torlonia, Conn., S.Ct.of Err., 108 Conn. 292, 142 A. 843 (1928)

Toucey v. New York Life Insurance co., 314 U.S.118 (1941)

Travelers Health Ass'n v. Virginia, 339 U.S.643(1950)

Trois v. Trois, N.Y., Special Term, 135 N.Y.S.2d 516 (1954)

United States v. United Mine Workers, 330 U.S. 258 (1957)

Usen v. Usen, Me., S.Jud.Ct., 13 A.2d 738 (1940)

Vaughan v. Vaughan, N.Y., App.Div., 5 A.D.2d 698, 169 N.Y.S.2d 730 (1957)

Verdier v. Verdier, Cal., Ct.of App., 203 Cal.App.2d 724, 22 Cal. Rptr. 93

Wallace v. Wallace, Pa., S.Ct., 371 Pa.404, 89 A. 2d 769 (1952)

Weaver v. Alabama Great Southern R.Co., Ala., 200 Ala. 432, 76 So. 364 (1917)

Weisman v. Weisman, N.Y., Spec.Term, 133 N.Y.S.2d 701 (1954)

Weiss v. Weiss, N.Y., Spec.Term, 89 N.Y.S.2d 250(1949)

Wells Fargo & Co. v. Taylor, 254 U.S.175 (1920)

(J.W.) Wells Lumber Co. v. Menominee River Boom Co., Mich., S.Ct., 203 Mich. 14, 169 N.W.1011 (1918)

Williams v. North Carolina I, 317 U.S.287 (1942)

Williams v. North Carolina II, U.S.S.Ct., 325 U.S. 226 (1945)

Williams v. Payne, Kan., S.Ct., 150 Kan.462, 94 P.2d 341 (1939)

Winikoff v. Winikoff, N.Y., Spec.Term, 136 N.Y.S. 2d 161 (1950)

Wolbert v. Wolbert, N.Y., Spec.Term, 132 N.Y.S. 2d 184 (1953)

Wolman v. Wolman, N.Y., Spec.Term, 47 N.Y.S. 2d 178 (1944)

Young v. Young, Pa., C.P., 16 Pa. D. & C. 287 (1932)

Anm.
1.) Die Abkürzungen sind bei
Putnam Carlton B., How to find the law
A Legal Reference Handbook,
4. Aufl. St.Paul/Minn. 1949
erläutert.
2.) Die Seitenzahlen in den Fußnoten beziehen sich auf den Abdruck der Fälle im National Reporter (N.E., N.W., S.E., So., S.W., N.Y.S., P.)

Einleitung

Vor dem zweiten Weltkrieg, als dem deutschen Recht die heutige Großzügigkeit in Scheidungssachen fremd war, versuchten deutsche ehemüde Staatsangehörige in das Scheidungsparadies Lettland auszuweichen, wenn eine Scheidungsklage in Deutschland aussichtslos schien. In einem derartigen Fall gaben die Gerichte aller drei Instanzen (LG, OLG und RG) der die Scheidung bekämpfenden Ehefrau einen Anspruch aus § 826 BGB gegen ihren Mann auf Unterlassung bzw. Rücknahme der Scheidungsklage vor dem lettischen Gericht und auf Ersatz ihres im Zusammenhang mit dem Scheidungsprozeß erlittenen Schadens.[1] Ähnliche Fallgestaltungen finden sich in der Rechtsprechung anderer Staaten.[2] Obwohl diese Klagen besonders häufig ausländische Scheidungsprozesse betreffen, sind Scheidungsprozesse nicht das alleinige Anwendungsgebiet von Unterlassungs- und Schadensersatzklagen gegenüber ausländischen Prozessen.[3]

Diese Arbeit macht sich zur ersten Aufgabe, die Lösung für eine Fallgruppe zu finden. Die einzelnen Fälle innerhalb dieser Gruppe, wie z.B. das einleitende Beispiel, sind konkret verschiedenartig ausgestaltet. Allen Gestaltungen liegt jedoch eine Struktur zugrunde: Eine Partei strengt im Ausland einen Prozess an, gegen den sich die andere mit einer Unterlassungs-, Rücknahme- oder Schadensersatzklage wehrt. Die Lösung dieses praktischen Falles zwingt zur Überlegung, ob das deutsche Recht Anspruchsgrundlagen kennt, aufgrund deren der Kläger von dem Gegner die Unterlassung bzw. Rücknahme der ausländischen Klage oder Schadensersatz fordern kann.

---

1) RGZ 157,136; vgl. auch unten S. 61 ff.
2) USA, vgl. unten S.148 ff; auch die siebenbürgischen Ehen beruhten auf einem Ausweichen in ein Scheidungsparadies. Diese Fälle scheinen jedoch keinen Anlaß zu Unterlassungs- oder Schadensersatzklagen gegeben zu haben, vgl. Walker, IPR, S.630 ff.
3) s. z.B. BGHZ 14, S.286; vgl. hierzu unten S.140 FN 3.

Da die im deutschen Recht ermittelten Anspruchsgrundlagen auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung anzuwenden sind, ist die Klage gegenüber einem ausländischen Prozess unter internationalrechtlichen Aspekten zu würdigen.

Im deutschen Recht sind materielle Ansprüche gegenüber dem Gegner in einem Prozess und gegenüber anderen am Prozess Beteiligten bekannt. In der Zivilprozeßordnung selbst sind Schadensersatzansprüche geregelt, die aus der Vollstreckung vorläufig vollstreckbarer Entscheidungen entstehen können. [1] Die Rechtsprechung [2] hat Ansprüche aus § 826 BGB gegen arglistig erschlichene oder ausgenutzte Urteile gewährt. Die Rechtsprechung [3] hatte sich auch mit Widerrufsansprüchen gegen Zeugen zu befassen. Die Zeugen sollten eine bestimmte Aussage, die sie vor Gericht gemacht hatten, zurücknehmen oder zumindest in der Öffentlichkeit widerrufen. § 839 BGB ermöglicht Schadensersatzansprüche gegen den Richter. Auch Vereinbarungen werden als Anspruchsgrundlage genannt. Es handelt sich um die sogenannten prozessualen Vereinbarungen. Erwähnt sei insbesondere die Vereinbarung der Klagrücknahme, die nach herrschender Lehre [4] einen Anspruch auf Vornahme einer Handlung, eben der Klagrücknahme, erzeugt. Der Schiedsvertrag soll Erfüllungsansprüche als Hilfsansprüche zur Realisierung des Schiedsverfahrens erzeugen, z.B. den Anspruch auf Zahlung eines notwendigen Prozesskostenvorschusses.[5]

Soll die Klage auf Unterlassung des ausländischen Prozesses oder auf Leistung von Schadensersatz erfolgreich sein, so wird vorausgesetzt, dass die erwähnten Tatbestände tatsächlich Anspruchsgrundlagen sind, d.h. materielle

---

1) §§ 717 Abs. 2, 945, 600 Abs.2, 302 Abs. 4 ZPO.
2) BGHZ 50, S.115.
3) OLG Hamburg, MDR 1947, S.266; BGH, MDR 1965, S.900.
4) RGZ 102, S. 217 (221).
5) RG, HRR 1929, Nr.1399.

Ansprüche [1] erzeugen. Dies ist zwar selbstverständlich für die in der ZPO geregelten Tatbestände oder für § 839 BGB. Doch ist umstritten, ob die prozessualen Vereinbarungen verpflichtende Wirkung haben, oder ob § 826 BGB gegenüber rechtskräftigen Urteilen anzuwenden ist. Die Lösung der Aufgabe, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegenüber ausländischen Prozessen zu finden, setzt deshalb voraus, dass diese Streitfragen beantwortet werden.

Die Frage nach den Rechtsfolgen der Tatbestände hängt eng mit einem weiteren Problem zusammen. Nicht geklärt ist, welchem Rechtsgebiet die erwähnten Anspruchsgrundlagen bzw. die aus ihnen folgenden Ansprüche zuzuordnen sind, dem Prozess- oder Schuldrecht. Vor allem in der Diskussion um die prozessualen Vereinbarungen versucht man, die Qualifikationsfrage zu beantworten. Einige Autoren[2], die sich mit diesem Problem befassen, heben übereinstimmend hervor, dass die Einordnung in das Prozess- oder Schuldrecht auch für die Behandlung der prozessualen Vereinbarungen im internationalen Recht Konsequenzen habe. Diese Aussage gilt auch für die übrigen Anspruchsgrundlagen. Eine Kontrolle der Ergebnisse, die in der Diskussion um die Qualifikation erarbeitet wurden, unter dem Gesichtspunkt des internationalen Rechts fehlt jedoch. Zu dieser Kontrolle eignet sich die Untersuchung von Unterlassungs- und Schadensersatzklagen gegenüber ausländischen Prozessen, da bei diesen Klagen der internationalrechtliche Einschlag durch den ausländischen Prozeß gegeben ist.

---

1) Im Gegensatz zum Streitgegenstand als prozessualem Anspruch werden Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche im folgenden als materielle Ansprüche (i.S.v. § 194 BGB) bezeichnet, "materiell " und nicht materiellrechtlich," um die Qualifikation nicht vorwegzunehmen, s. unten S. 9ff.

2) Schiedermair, Vereinbarungen, S.163; Baumgärtel, Wesen, S.14o; H.J. Hellwig, Systematik, S.28; Henckel, Prozeßrecht, S.3.

Die zweite Aufgabe dieser Arbeit ist es, die Lücke der wissenschaftlichen Kontrolle zu schliessen. Dieses theoretische Bemühen überragt die praktische Bedeutung dieser Arbeit. Denn das Problem von Unterlassungs- und Schadensersatzklagen gegenüber ausländischen Prozessen beschäftigt die Gerichte Deutschlands kaum. Der Verfasser konnte nur zwei Entscheidungen [1] ausfindig machen, in denen die Gerichte diese Frage anschnitten. Die Dissertation wurde angeregt durch die Forderung, die Dogmatik des Zivilrechts und Zivilprozeßrechts solle sich durch internationalrechtliche Fragestellungen bereichern lassen.[2]

Eine Untersuchung aller denkbaren Anspruchsgrundlagen des deutschen Rechts würde den Rahmen einer Dissertation sprengen. Aus der Fülle der möglichen Anspruchsgrundlagen ist auszuwählen. Behandelt werden in dieser Untersuchung nur Ansprüche, die zwischen den Parteien des ausländischen Prozesses entstehen können. Gemäß dem Schema des Prozeßrechtsverhältnisses nach Bülow und Wach [3] sind dies nur die Ansprüche, die in der Basis des als Dreieck vorgestellten Prozeßrechtsverhältnisses entstehen. Die Beziehungen zwischen den Parteien und dem Richter, den Zeugen oder Sachverständigen als Entstehungsgründe für materielle Ansprüche werden ausgeschieden. Dies ist sinnvoll, weil Richter, Zeugen und Sachverständige im Prozeß Pflichten besonderer Art erfüllen.[4] Kohler [5] beschränkt deshalb sogar das Prozeßrechtsverhältnis auf die Beziehungen zwischen den Parteien. Unabhängig davon nun, ob man Kohler folgt, ist festzuhalten, dass die Interessenlage bei der Beziehung zwischen den Parteien und dem Richter usw. eine andere ist als die bei der Beziehung zwischen den Parteien, für die im wesentlichen das Prinzip der kontrollierten Auseinandersetzung gilt. Diese Auseinandersetzung wird im deutschen Zivil- und Verwaltungsprozeß durch die Dispositionsmaxime und im Zivilprozeß darüber-

---

1) S. 1 FN 1 und FN 3.
2) Schnorr v. Caroldsfeld, Lent-Festschrift, S.245 ff.
3) s.Rosenberg-Schwab, ZPR, S.7.
4) OLG Hamburg, a.a.O.,s.oben S.2 FN 3; Baur,Summum Ius,S.1o5.
5) Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S.6.

hinaus durch den Beibringungsgrundsatz geprägt.[1)]

In der Gruppe der Ansprüche, die zwischen den Parteien denkbar sind, stehen die im Vordergrund, die aus prozessualen Vereinbarungen und den Tatbeständen der §§ 717 Abs. 2 ZPO, 826, 823 BGB erwachsen. Bereicherungsansprüche werden nur beiläufig berücksichtigt.

Aus der Gruppe der prozessualen Vereinbarungen wurden das Klagrücknahmeversprechen, die Prorogation und der Schiedsvertrag ausgewählt. Prorogation und Schiedsvertrag haben große praktische Bedeutung, besonders im internationalen Rechtsverkehr. Das Klagrücknahmeversprechen hat in der Literatur eine Beachtung gefunden, die durch die praktische Bedeutung dieses Versprechens nicht gerechtfertigt wird. Doch zeigt die Diskussion um diese Vereinbarung am klarsten den Streitpunkt, ob das Versprechen Ansprüche erzeugt, und ob es dem Prozeß- oder Schuldrecht zuzuordnen ist.

In dem ersten Teil der Arbeit wird das Thema nach deutschem Recht abgehandelt. Bevor Unterlassungs- und Schadensersatzklagen gegenüber ausländischen Prozessen untersucht werden, sind in dem ersten Abschnitt die Meinungen in Rechtsprechung und Literatur zu den ausgewählten Anspruchsgrundlagen darzustellen. Die internationalen Gesichtspunkte werden in diesem Zusammenhang noch nicht angesprochen. Zwei Fragen sind besonders zu berücksichtigen: Erzeugen die prozessualen Vereinbarungen materielle Ansprüche? Nach welchen Kriterien werden die Anspruchsgrundlagen als prozeß- oder schuldrechtlich qualifiziert? Im Anschluss an diese Fragen wird die Konkurrenz der materiellen Ansprüche mit prozessualen Behelfen erörtert.

Im zweiten Abschnitt werden Fälle mit internationaler Berührung gebildet, in denen die ausgewählten Anspruchsgrundlagen Bedeutung erlangen. Ausgehend von den im ersten Ab-

---

1) vgl. Hopt, Schadensersatz, S. 196.

schnitt referierten Meinungen wird versucht, diese Fälle zu lösen, um eine Arbeitshypothese zu gewinnen. Dies setzt die Wahl einer Kollisionsnorm aus dem internationalen Privatrecht (IPR) oder internationalen Zivilprozeßrecht (IZPR) voraus. Die Qualifikation der Anspruchsgrundlage bestimmt diese Wahl. An den Lösungen wird Kritik geübt, die den eigenen Lösungsversuch vorbereiten soll.

Im dritten Abschnitt wird die eigene Lösung entwickelt. Dieser Lösungsversuch hat bei der Stellungnahme zum Qualifikationsproblem anzusetzen, da diese die Wahl der Kollisionsnorm präjudiziert. Beginnend mit den prozessualen Vereinbarungen werden die einzelnen Anspruchsgrundlagen und ihre Wirkungen unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Fragestellung abgehandelt.

Da sich der Bogen der Untersuchung von Unterlassungsansprüchen über Ansprüche auf ein bestimmtes Tun bis zu Ersatzansprüchen spannt, darf der Einfluss des Anspruchsinhalts auf die Qualifikation nicht vernachlässigt werden.

Der erste Teil wird beendet durch Gedanken zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte, über Klagen gegenüber ausländischen Prozessen zu entscheiden.

In dem zweiten Teil der Arbeit wird das Thema nach der Rechtslage in den USA behandelt. Der vergleichende Blick in die USA, die eine von Deutschland so verschiedene Rechtsstruktur besitzen, ist nicht selbstverständlich. In einer Überleitung zum zweiten Teil wird diese Rechtsvergleichung gerechtfertigt.

Erster Teil

Deutsches Recht

1. Ausgewählte Grundlagen materieller Ansprüche

1.1 Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen

1.1.1 Diskussionspunkte in Literatur und Rechtsprechung[1)]

Verträge des Schuldrechts verpflichten. Dieselbe Behauptung ist zweifelhaft für Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen kann mit dem Argument in Zweifel gezogen werden, dass prozessuale Beziehungen nicht der einverständlichen Disposition der Parteien unterlägen, es sei denn, das Gesetz räume den Parteien diese Freiheit ein.

Ein anderer Diskussionspunkt ist die Frage, ob die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen als Verträge bezeichnet werden können. Man könnte sie auch als zwei gleichgerichtete Prozeßhandlungen auffassen.[2)]

Selbst wenn man die Vereinbarungen als Verträge ansieht, ist noch nicht entschieden, ob sie verpflichtend wirken. Bei den Rechtsfolgen des zulässig und wirksam gesetzten Tatbestandes einer Vereinbarung über prozessuale Beziehungen ist sorgfältig zwischen verpflichtender und verfügender Wirkung zu unterscheiden. Auf den Rechtsstreit bezogen handelt es sich um eine mittelbare oder unmittel-

---

1) Die Darstellung folgt dem Problemaufriß bei Baumgärtel, Wesen, S.184 ff.
2) so z.B. Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen S.21.

bare Wirkung der Vereinbarung[1]. Innerhalb der unmittelbaren Wirkungen lässt sich noch danach trennen, ob die Wirkungen ipso iure eintreten und von Amts wegen im Prozeß zu beachten sind, oder ob ihnen noch ein Gestaltungsakt in Form einer prozessualen Einrede vorausgehen muß[2].

Das Grundproblem der Diskussion ist die systematische Qualifikation dieser Vereinbarungen, d.h. ob sie dem materiellen Recht, dem Schuldrecht, oder dem Prozeßrecht zuzuordnen sind. Werden die Vereinbarungen dem materiellen Recht zugeordnet, dann ist ihre tatbestandliche Ausgestaltung als Vertrag anerkannt. Werden die Vereinbarungen prozeßrechtlich qualifiziert, ergibt sich die weitere Frage, ob sie als Prozeßhandlungen zu bezeichnen sind [3].

1.1.2 Das Klagrücknahmeversprechen.

Das Klagrücknahmeversprechen ist im Gesetz nicht geregelt. Aus den Materialien zur ZPO[4] ergibt sich, daß die Verfasser der ZPO das Versprechen als einen privatrechtlichen Vertrag ansahen, dessen Behandlung sie der Wissenschaft und Rechtsprechung bzw. der Partikulargesetzgebung anheimgaben. Dementsprechend schweigt sich die ZPO darüber aus. Die Verfasser des BGB ihrerseits

---

1) Blomeyer, ZPR, S.147 f.; Emmerich, ZZP Bd.82, S.42o f.
2) Schiedermair, Vereinbarungen, S.99 f; kritisch Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 49 ff; obwohl man den Katalog des § 274 ZPO und ungeschriebene Voraussetzungen und Hindernisse unter den Begriffen der "Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse" zusammenfaßt, ist es gerechtfertigt, von einer "prozessualen bzw. prozeßhindernden Einrede" in den Fällen zu sprechen, in denen das Prozeßhindernis erst durch die Ausübung einer Gestaltungsbefugnis wirksam wird.(Zur Abgrenzung von Einreden des bürgerl.Rechts und prozessualen Einreden - Einwänden - s. Jahr, JuS 1964, S.128 f). Soweit aufgrund der Vereinbarung eine prozeßhindernde Einrede erhoben werden muß, läßt sich nur von einer mittelbar verfügenden Wirkung der Vereinbarung auf den Prozeß oder auf das Prozeßrechtsverhältnis sprechen, da erst die Ausübung der Einrede als Gestaltungsbefugnis ändernd einwirkt. Um die Terminologie jedoch nicht zu belasten, werden Begründung einer Einredebefugnis und ipso iure - Wirkung zu verfügender bzw. unmittelbarer Wirkung im Gegensatz zu verpflichtender bzw. mittelbarer Wirkung zusammengefaßt.
3) vgl. Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S.82 ff.,85
4) Hahn, Materialien, 1. Abt., S. 362.

hielten die Vereinbarung über prozessuale Beziehungen für eine Materie, die das Prozeßrecht zu regeln habe.[1] So ist das Klagrücknahmeversprechen auch im BGB nicht erwähnt.

Die Zulässigkeit des Klagrücknahmeversprechens war früher äußerst umstritten. Die Gegner der Zulässigkeit beriefen sich auf das Verbot des Konventionalprozesses.[2] Heute ist die Zulässigkeit des Versprechens unter Berufung auf den im Zivil- und Verwaltungsprozeß geltenden Dispositionsgrundsatz[3][4] allgemein anerkannt.[5]

Die höchstrichterliche Rechtsprechung[6] ließ dieses Versprechen zu. Da jedoch zu der Zeit, als das Reichsgericht sich mit dieser Frage zu befassen hatte, die Zulässigkeit dieses Versprechens, zumindest im Prozeßrecht, noch weithin geleugnet wurde, wich es auf das Privatrecht aus.[7] Das Versprechen wurde als privatrechtlicher Vertrag mit verpflichtender Wirkung angesehen.[8] Den praktisch denkenden Richtern schien es aber unbillig, den Beklagten zur Durchsetzung des Versprechens auf den umständlichen Weg einer besonderen Erfüllungsklage zu verweisen.[9] Sie räumten ihm daher die Befugnis ein, in dem Hauptrechtsstreit die Einrede der Arglist zu erheben, falls der Gegner entgegen seiner Verpflichtung die Klage nicht zurücknehmen sollte. Auf diese Einrede hin ist nach Auffassung des Reichsgerichts die Klage als unzulässig abzuweisen.[10] Einer

---

1) so Sachse, ZZP Bd. 54, S. 411 f. (für den Beweisvertrag), S. 417 f. (für das Klagrücknahmeversprechen).
2) K. Hellwig, System, 1.Teil, S.449 ff.; ders., Anspruch, S.159 f.; weitere Nachweise bei H.J. Hellwig , Systematik, S. 36 f.
3) zu den Prozeßmaximen s. Lüke, JuS 1961, S. 41 ff.; Yoshimura, ZZP Bd. 83, S. 245.
4) einzig a.A. wohl Wieczorek, ZPO-Großkommentar, Anm.B V zu § 271.
5) für alle: Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 10, 69 ff.
6) Grundsatzentscheidung: RGZ 102, S. 217 ff.
7) Sachse, ZZP Bd. 54, S. 417.
8) RGZ, a.a.O., S. 221.
9) S. 222 f.
10) S. 222 f.

Leistungsklage aus dem Versprechen dürfte wegen der Einredebefugnis im Regelfall das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.[1)]

Diese Auffassung ist herrschend. Ihr hat sich die spätere Rechtsprechung[2)] und ein Großteil der Lehre[3)] angeschlossen.

Nach dieser Auffassung werden das Versprechen und seine verpflichtende Primärwirkung dem materiellen Recht zugeordnet. Durch das Arglistverbot, d.h. durch den Grundsatz von Treu und Glauben, entfaltet das Versprechen jedoch im Prozeß eine unmittelbare (verfügende) Wirkung. Das Versprechen ist ein prozessual wirkender Vertrauenstatbestand. Gleichwohl wird durch die Einrede der Arglist nicht die Wirkung der Rücknahme der Klage ausgelöst, sondern die Klage ist nur als unzulässig abzuweisen. Dies ist weniger. Zwar kann der Kläger unter beiden Voraussetzungen erneut Klage erheben. Doch beseitigt die Abweisung der Klage als unzulässig nicht rückwirkend die Rechtshängigkeit.[4)]

---

1) unrichtig deshalb OLG Bamberg, DVBl. 1967, S. 55; richtig dagegen Linn, unten, FN 3.

2) RGZ 123, S. 84 (Rechtsmittelrücknahme); RG, JW 1937, S.1062; RGZ 159, S. 186; RGZ 160, S.241 (Ausschluß des Urkundenprozesses); BGHZ 28, S.45; ebenso für den Verwaltungsprozeß OVG Lüneburg, ZMR 1958, S.31.

3) Barz, Das Klagezurücknahmeversprechen, S. 18 ff.; Baumgärtel, Wesen, S. 263 f. (s. aber unten S.11 FN 1); Sauer, Allg.Prozeßrechtslehre, S.133 f.; Bruns, ZPR, S. 157; Thomas-Putzo, ZPO, § 271, Anm.1; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundz § 128 Anm.5c, § 271, Anm.2 B; Zöller-Stephan, ZPO, § 271, Anm.2, St-J-Schumann/Leipold, ZPO, § 271, Anm.I 3; Palandt-Heinrichs, BGB, § 241, Anm.6, § 242, Anm.4d (Verfahrensrecht). Zur Verpflichtung zur Rücknahme einer verwaltungsgegerichtlichen Klage, insbes. zu dem Urteil des OLG Bamberg (oben FN 1), s. Hillermeier, DVBl.1967, S.19; Linn, DVBl. 1956, S. 851.

4) Barz, a.a.O., S. 18 ff. Die Folgerung von Barz, a.a.O., S.94, für die Leistungsklage aufgrund des Klagrücknahmeversprechens bestehe auf jeden Fall ein Rechtsschutzbedürfnis, da der durch die Vereinbarung Begünstigte hinsichtlich der Verjährung durch die Abweisung als unzulässig ungünstiger gestellt sei, ist falsch. § 212 Abs.1 BGB stellt die Prozeßabweisung und die Klagrücknahme im Hinblick auf die Verjährungsunterbrechung gleich.

Diese Diskrepanz forderte Kritik heraus. Nach einigen Autoren[1] soll der Beklagte in der Lage sein, das Versprechen gegenüber dem Kläger voll durchzusetzen. Seine Einrede bewirke, daß die Klage, sei es durch gestaltendes oder feststellendes Urteil[2], sei es ohne Entscheidung in der Hauptsache[3], so zu behandeln sei, als sei sie zurückgenommen. Von anderen wird die Zweigleisigkeit der Wirkungen des Versprechens angegriffen. Auf der einen Seite wird deshalb dem Beklagten die Einredebefugnis verwehrt.[4] Die Vereinbarung sei nur im Wege einer besonderen Klage auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durchzusetzen. Die Vertreter dieser Meinung führen die materiell-rechtliche Auffassung des Versprechens streng durch. Andererseits wird aber auch die Forderung nach einer unmittelbaren Wirkung des Versprechens mit dem Reichsgericht geteilt. Die Vertreter dieser Auffassung lehnen jedoch die verpflichtende Wirkung des Versprechens, den materiellen Anspruch, ab.[5] Dieser werde für die Begründung der Einrede nicht benötigt. Die Einrede folge vielmehr, wie die prozesshindernde Einrede aus der Prorogation oder dem Schiedsvertrag, unmittelbar aus dem Versprechen (exceptio pacti). Diejenigen unter diesen Autoren[6], die die Vereinbarungen von den Wirkungen her qualifizieren, ordnen das Versprechen dann konsequenterweise

---

1) Eisenlohr, Bad.Annalen, Bd.58, S.147; Sachse, ZZP Bd.54, S.418; Rosenberg, ZPR, 9.Aufl., S.618; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S.72; neuerdings auch Baumgärtel, Schima-Festschrift, S. 50.
2) Eisenlohr, Rosenberg, Baumgärtel.
3) Schlosser und wohl auch Sachse.
4) Köst, DR 1940, S.98; weitere Nachweise bei Baumgärtel, Wesen, S.260 ff. (262, FN 484, 485).
5) Sachse, ZZP Bd. 54, S.418; Gadow, Jherings Jb.Bd.84, S.201; Schiedermair, Vereinbarungen, S.115; Schönke-Kuchinke, ZPR, S.316; ebenso schon Goldschmidt, Prozeß, S.312 FN 1616, in seiner Kritik an der Ent-scheidung RGZ 102, 217 ff., der allerdings das Klagrücknahmeversprechen für unzulässig hält (a.a.O.,S.311 f.).
6) Schiedermair, Vereinbarungen, S.33; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S.49; a.A. Schönke - Kuchinke, ZPR, S.316, der eine verpflichtende Wirkung im Prozeßrecht nicht ausschließt.

dem Prozeßrecht, nicht dem Privatrecht zu. Baumgärtel vertritt neuerdings[1] eine vermittelnde Auffassung. Das Versprechen erzeuge einerseits eine Einredebefugnis, deren Ausübung dazu führe, daß die Klage als zurückgenommen angesehen werde. Andererseits erzeuge das Versprechen aber auch eine echte Verpflichtung des Klägers, die jedoch nicht klagbar sein soll.

Das Klagrücknahmeversprechen ist ein Beispiel für eine Vereinbarung über prozessuale Beziehungen, deren Durchsetzung die herrschende Lehre, zumindest in der gedanklichen Begründung, über einen materiellen Anspruch konstruiert. Dieses Versprechen steht für eine Anzahl anderer Vereinbarungen, die ebenfalls im Gesetz nicht geregelt sind und ähnliche Probleme aufwerfen.[2]

1.1.3 Der Schiedsvertrag

Durch den Schiedsvertrag bestimmen die Parteien ein Schiedsgericht, das die staatlichen Gerichte ersetzt, denen die Entscheidung über den betreffenden Rechtsstreit zustünde. An die Stelle der staatlichen Gerichte treten Richter, die von den Parteien oder Dritten bestimmt werden (§ 1028 ZPO).

Auch die Qualifikation des Schiedsvertrages ist Gegenstand von Kontroversen. Je nachdem, welche Auffassungen über den Schiedsvertrag vertreten werden, unterscheiden wir eine materiell-rechtliche, prozeßrechtliche und vermittelnde Theorie.[3] Da die Zivilprozeß-

---

1) Schima-Festschrift, S. 46 ff., 50.
2) z.B. Vereinbarungen über Rechtsmittelrücknahme, Ausschluß des Urkunden- oder Wechselprozesses (s. oben S. 10 FN 2). Ähnliches gilt für die Vereinbarung eines Musterprozesses (Kempf, ZZP, Bd. 73, S. 342 ff.). Zwar ist dort Hauptstreitpunkt die Zulässigkeit der Vereinbarung. Hält man sie jedoch für zulässig, so muß man sich entscheiden, ob man sie mit verfügender - ein Anerkenntnis oder eine Klagrücknahme wird ignoriert - oder verpflichtender Wirkung ausstatten will.
3) gute Übersicht bei Böhm, ZfRV 1968, S. 262 ff.

ordnung jedoch ausführliche Vorschriften (10. Buch, §§ 1025-1048 und 274 Abs. 2 Ziff. 3) über den Schiedsvertrag und seine Wirkungen enthält, ist den Meinungen über den Schiedsvertrag im Gegensatz zum Klagrücknahmeversprechen ein gewisser Rahmen vorgegeben, über den sie sich nicht hinwegsetzen können. Nach § 274 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO gibt der Schiedsvertrag den Parteien die Befugnis, vor den staatlichen Gerichten die Schiedseinrede zu erheben. Niemand bezweifelt, daß es sich hier um eine echte prozessuale Einrede handelt.

Die Rechtsprechung[1] und ein Teil der Lehre[2] betrachten demnach den Schiedsvertrag als materiellrechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen. Prozessual ist die Einredebefugnis, die aus dem Schiedsvertrag erwächst. Dem materiellen Recht soll der Vertrag in seiner tatbestandlichen Ausgestaltung unterliegen.[3]

Das von den Parteien im Schiedsvertrag vereinbarte Gericht ist entweder ein institutionelles oder aber ad hoc gebildetes Schiedsgericht.[4] Falls das Schiedsgericht ad hoc gebildet wird, müssen die Parteien zusammenarbeiten. Sie haben im Regelfall Schiedsrichter zu ernennen und ihnen einen Auslagenvorschuß zu bezahlen, bevor diese tätig werden. Eine Partei, die solchen Anforderungen nicht nachkäme, hätte es in der Hand, das Schiedsverfahren zu vereiteln. Um es einer Partei zu ermöglichen, den Schiedsvertrag gegen den widerstrebenden Gegner durchzusetzen, hat die herrschenden Meinung materielle Ansprüche auf die vorbereitende Mitwirkung,

---

1) BGHZ 23, S.198 (200) unter Hinweis auf RGZ 144, S. 96 (98); 156, S. 101 (104).
2) Bruns, ZPR, S. 524; Wieczorek, ZPO-Großkommentar, § 1025, Anm. B I; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 1025, Anm. 1.
3) s. auch Blomeyer, ZPR, S.712 f., der allerdings den Qualifikationsstreit als "müßig" verwirft.
4) zu dieser Unterscheidung Eisemann in: Eisemann-Mezger-Schottelius, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 9 ff.

z.B. bei Schiedsrichterernennung[1] oder zur Bezahlung des notwendigen Auslagenvorschusses[2] bejaht. Diese materiellen Einzelansprüche werden als Ausfluß einer umfassenden Verpflichtung der Parteien aus dem Schiedsvertrag angesehen, alles zu tun, was das Schiedsverfahren fördern, und alles zu unterlassen, was es hindern könne.[3] Diese Verpflichtung soll im Prinzip einklagbar sein.[4] Für die Fälle jedoch, in denen das Gesetz eine einfachere Durchsetzungsmöglichkeit vorsieht (§ 274 Abs. 2 Ziff. 3, § 1029 Abs. 2 ZPO), wird einer Klage auf Erfüllung der entsprechenden Verpflichtung das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen.[5]

Die verpflichtende Wirkung des Schiedsvertrages ist für die Anhänger der materiellrechtlichen Theorie Voraussetzung und Folge der Qualifikation, da diese Wirkung typisch für den schuldrechtlichen Vertrag ist. Daneben gibt es jedoch eine Auffassung, die die materiellrechtliche Natur des Schiedsvertrages auf eine andere Weise begründet. Der Schiedsvertrag sei eine Vereinbarung, die das Rechtsverhältnis, das im Streitfall dem Schiedsgericht zur Entscheidung unterbreitet werde, ändere.[6] Der Schiedsvertrag wird so der Vereinbarung der Unklagbarkeit einer Forderung angenähert, bei der auch die Klagbarkeit bzw. Unklagbarkeit als Eigenschaft der Forderung angesehen wird.[7] Nur werde durch den Schieds-

---

1) RGZ 33, S.265 (268); a.A. Wieczorek, ZPO-Großkommentar, § 1025, Anm. B I g 1.
2) s. oben S. 2 FN 5.
3) neben den oben FN 1,2Genannten noch Görres, ZZP, Bd.35, S. 341; St-J-Schlosser, ZPO, § 1025, Anm. V 2; Henckel, Prozeßrecht, S. 25.
4) Görres, St-J-Schlosser, S.FN 3 ; Bruns, ZPR, S. 524; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 1025, Anm. 3 A .
5) Baumbach-Lauterbach, s. vorige FN; Rosenberg, ZPR, 9. Aufl., S. 853.
6) Neuner, Privat- und Prozeßrecht, S.109; s. auch Kisch, ZZP Bd. 51, S.323. Neuner räumt generell dem materiellen Recht den Vorrang vor dem Prozeßrecht ein. Dieses sei ein Annex zu jenem. Kritisch hiergegen Schoch, Klagbarkeit, S. 53.
7) diese Parallele ziehen ausdrücklich Reichel, JheringsJb Bd.59, S.450 f.; Pohle, Lent-Festschrift, S. 214; (Forts. S.15).

vertrag eine neutrale Entscheidung nicht ganz ausgeschlossen, sondern einem privaten Spruchkörper vorbehalten. Hand in Hand mit dieser Auffassung geht die Meinung[1], die dem Schiedsverfahrensrecht, über den Teilaspekt des Schiedsvertrages hinaus, einen Platz im Prozeßrecht abspricht und den Komplex des Schiedsrechts in das materielle Recht verweist.[2] Als Vertrag eigener Art oder gemischt-rechtlicher Natur bezeichnen diejenigen[3] den Schiedsvertrag, die in der praktischen Konstruktion der Rechtsprechung folgen, jedoch Tatbestand und Wirkungen gleiche Qualifikationskraft zumessen.

Eine starke Lehrmeinung sieht demgegenüber in den prozessualen Wirkungen des Schiedsvertrages das Hauptunterscheidungsmerkmal. Positiv begründe der Schiedsvertrag die Gerichtsmacht des Schiedsgerichts, soweit das staatliche Recht es zulasse. Das Schiedsverfahren wird nach dieser Auffassung[4] als prozeßrechtliches Verfahren anerkannt. Negativ schließe der Schiedsvertrag die Zuständigkeit staatlicher Gerichte aus. Durchgesetzt werde die negative Wirkung mittels der erwähnten prozessualen Einrede. Von den verfügenden Wirkungen her qualifizieren diese Autoren[5] den Schiedsvertrag prozeßrechtlich. Die verpflichtende Wirkung wird entweder ganz geleugnet[6], oder ihr wird als

---

1) Wach, Handbuch, S. 64; Kaser, Das römische ZPR, S.1.
2) Henckel, Prozeßrecht, S. 36 tut diese Frage als "Geschmacksfrage" ab.
3) Kisch, ZZP Bd.51, 331 f.; Habscheid, KTS 1955, S.35 (Theorie der Schiedsverfahrensgesellschaft); St-J-Pohle, ZPO, 18. Aufl. § 1025, Anm.I.
4) Kohler, Gruch. Beitr. Bd.31, S.517 f.; H.J. Hellwig, Systematik, S.54 ff.; s. auch Habscheid, NJW 1962, S.7.
5) s. vorige FN; darüber hinaus Schiedermair, Vereinbarungen, S.107 ff.; Nikisch, ZPR, S.590; Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S.54; Baumgärtel, Wesen, S.241 ff.; Rosenberg, ZPR, 9.Aufl., S.850; Rosenberg-Schwab, ZPR, S.934; St-J-Schlosser, ZPO, § 1025, Anm. I 1; ebenso Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S.22; Böhm, ZfRV 1968, S.274, auch für das österreichische Recht.
6) Schiedermair; Böhm; Rosenberg-Schwab; auch Schönke-Kuchinke, ZPR, S. 450.

Forts. v. S. 14: der allerdings Schiedsvertrag und Unklarbarkeitsvereinbarung dem Prozeßrecht zuschlägt. Zwischen Schiedsvertrag und Unklagbarkeit trennen Kohler, Gruch, Beitr.Bd.31, S.481 f.; St-J-Pohle,ZPO,§ 38,Anm.III 2.

Nebenwirkung die qualifizierende Kraft abgesprochen.[1]

1.1.4 Die Prorogation

Die Prorogation ist die Vereinbarung der Zuständigkeit eines an sich überhaupt nicht oder nicht allein zuständigen Gerichts. Bezieht sich die Vereinbarung auf die Begründung der örtlichen Zuständigkeit, dann spricht man von einer Gerichtsstandsvereinbarung. Nach ihren Wirkungen ist zwischen einfacher und ausschließlicher Prorogation zu unterscheiden. Die einfache Prorogation hat nur prorogierende Wirkung, d.h. sie wirkt nur zuständigkeitsbegründend. Vorhandene gesetzliche Gerichtsstände[2] bleiben unberührt. Die ausschließliche Prorogation hat darüber hinaus derogierende Kraft; vorhandene gesetzliche Gerichtsstände werden ausgeschlossen. Ob Parteien eine einfache oder ausschließliche Prorogation vereinbart haben, ist im Zweifelsfall durch Auslegung zu ermitteln.[3]

In den weiteren Ausführungen interessiert primär die ausschließliche Prorogation. Denn nur bei Ausschluß der an sich zuständigen Gerichte kann eine Partei in einem Verfahren vor diesen Gerichten die Einrede der Unzuständigkeit erheben. Die Frage nach einer Verpflichtung, nicht vor den ausgeschlossenen Gerichten zu klagen, läßt sich deshalb sinnvoll ebenfalls nur im Anschluß an eine ausschließliche Prorogation stellen.

Die Qualifikation der Prorogation ist, wie die der anderen Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen, umstritten. Das Reichsgericht[4] hat, ausgehend von der

---

1) Nikisch, ZPR, S. 594; Baumbach-Schwab, a.a.O.; Baumgärtel, Wesen, S. 236; St-J-Schlosser, ZPO, § 1025, Anm. V 2.
2) Die sachliche Zuständigkeit ist im Rahmen der internationalrechtlichen Fragestellung ohne Bedeutung und kann deshalb außer Betracht bleiben.
3) Rosenberg, ZPR, 9.Aufl., S.147.
4) RGZ 159, S. 254 (255).

Qualifikationsfrage im internationalen Recht, die Prorogation als Prozeßhandlung dem Prozeßrecht zugeordnet. Ihm folgt der größere Teil der modernen Lehre[1] auch hinsichtlich der systematischen Qualifikation. Dieser Meinung stehen jedoch die Auffassungen gegenüber, die die Prorogation als materiellrechtlichen Vertrag ansehen. Nach Neuner[2] gestaltet die Prorogation, ebenso wie der Schiedsvertrag[3], das durch die Prorogation betroffene materielle Rechtsverhältnis um. Die Prorogation sei deshalb materiellrechtlich zu qualifizieren. Nach Rosenberg[4] ist die Prorogation ein materiellrechtlicher Vertrag. Abgrenzungskriterium sei die Tatbestandsausgestaltung als Vertrag, obgleich Zulässigkeit und Wirkung der Prorogation vom Prozeßrecht geregelt würden. Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof[5] angeschlossen. Er zieht die Parallele zum Schiedsvertrag, der ja auch in ständiger Rechtsprechung als materiellrechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen bezeichnet wird. Allerdings legt er Gewicht auf die Tatsache, daß die Prorogation im Normalfall außerhalb des Prozesses ab-

---

1) Bunsen, ZZP Bd. 35, S. 407 f.; Schiedermair, Vereinbarungen, S.95 ff.; Nikisch, ZPR, S.101 f. (allerdings differenzierend bezüglich der Qualifikation als Prozeßhandlung, S.221); Baumgärtel, Wesen, S. 218 ff., der vom BGH (s. unten FN 5) zu Unrecht für die materiellrechtliche Auffassung angeführt wird; Schönke-Schröder-Niese, ZPR, S.191; St-J-Pohle, ZPO, § 38, Anm. II 1 c; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 29.Aufl., § 38, Anm. 2 A; Habscheid, Schima-Festschrift, S. 178; Rosenberg-Schwab, ZPR, S.148; Henckel, Prozeßrecht, S. 35; ebenso Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S. 21 und Böhm, ZfRV 1968, S. 269 auch für das österreichische Recht.

2) Privat- und Prozeßrecht, S.109 f.

3) s. oben S. 14 FN 6.

4) ZPR, 9.Aufl., S.146; ebenso Zöller-Degenhart, ZPO, § 38, Anm. 2; a.A. die von Schwab bearbeitete 10. Aufl. des Rosenberg'schen Lehrbuchs (s. oben FN 1).

5) BGHZ 49, S. 384; ebenso jetzt Baumbach-Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., § 38, Anm. 2A .

geschlossen wird. Daher bleibt offen, wie eine Vereinbarung nach Klageerhebung zu qualifizieren ist.[1)]

Ebenso wie beim Schiedsvertrag ist in der ZPO nichts über eine verpflichtende Wirkung der Prorogation gesagt. Als Wirkung der einfachen Prorogation ließe sich jedoch die Verpflichtung des Beklagten denken, dem vom Kläger angerufenen vereinbarten Gericht nicht die Einrede der Unzuständigkeit entgegenzusetzen. Die ausschließliche Prorogation könnte darüber hinaus dazu verpflichten, nur vor dem vereinbarten Gericht zu klagen. Dieser Gedanke drängt sich deshalb auf, weil die Prorogation im römischen Recht anfänglich nur über die abschreckende Wirkung einer Konventionalstrafe durchzusetzen war.[2)] Im gemeinen Recht schließlich nahm die Diskussion um die verpflichtende Wirkung der Prorogation breiten Raum ein.[3)] Die modernen Prozeßordnungen vollzogen allerdings dann unmittelbar den Schritt von der Konventionalstrafe zur verfügenden Wirkung, ohne die Zwischenstufe der verpflichtenden Wirkung zu durchlaufen.[4)] Ungeklärt ist deshalb, ob von den Verfassern dieser Prozeßordnungen die verpflichtende Wirkung einer Prorogation zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber gleichsam mit der verfügenden Wirkung "mitgedacht" wurde.

Die heute in Deutschland herrschende Meinung verneint jedoch jegliche verpflichtende Wirkung der Prorogation. Dies geschieht entweder stillschweigend[5)], indem man

---

1) Rosenberg, a.a.O., macht keinen Unterschied danach, ob der Vertrag vor oder nach Prozeßbeginn abgeschlossen wurde. Nach Baumbach-Lauterbach, a.a.O., ist die im Rahmen eines Prozeßrechtsverhältnisses abgeschlossene Vereinbarung Prozeßhandlung. Ähnlich schon früher Wieczorek, ZPO-Großkommentar, § 38, Anm. B IV c.
2) Pollak, GrünhutsZ Bd. 18, S. 65; Deybeck, Gerichtsstand, S. 32 ff.
3) Deybeck, Gerichtsstand, S. 39 ff., 59.
4) Deybeck, Gerichtsstand, S. 58.
5) St-J-Pohle, ZPO, § 38, Anm. III 1; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 38, Anm. 2 C; Blomeyer, ZPR, S. 147 f.

nur die unmittelbaren Wirkungen der Prorogation erörtert, oder aber ausdrücklich[1]. Erst in jüngster Zeit ist wieder [2] eine Gegenstimme laut geworden. H.J. Hellwig meint,[3] auch die Prorogation als prozessualer Vertrag entfalte neben der verfügenden verpflichtende Wirkung. Diese sei für Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung der Prorogation bedeutsam.

1.1.5 Die gegenseitige Abhängigkeit von Qualifikation und Wirkungen der Vereinbarung

Ein nicht unerheblicher Teil der Literatur[4] und Rechtsprechung [5] qualifiziert die Vereinbarung anhand ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung als Vertrag. Grundlage dieser Ansicht ist, daß der Vertrag als Regelungsform dem Privatrecht zugehört. Die den Parteien gewährte Autonomie, ihre Rechtsbeziehungen durch Verträge zu gestalten, wird als Kernstück des Privatrechts verstanden.

---

1) Schiedermair, Vereinbarungen, S. 95; Rosenberg, ZPR, 9. Aufl., S.147; Henckel, Prozeßrecht, S.34; Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S. 23, lehnt es darüber hinaus, von seinem Ansatzpunkt aus allerdings konsequent, sogar als unzulässig ab, daß die Prorogation durch das Versprechen einer Konventionalstrafe bekräftigt werde.
2) früher schon Kohler, Gruch.Beitr. Bd.31, S.486 f.; zweifelnd auch Lorenz, AcP, Bd. 157, S.281.
3) Systematik, S. 6o, 64.
4) für das Klagrücknahmeversprechen: Eisenlohr, Bad.Annalen Bd.58, S.174; für den Schiedsvertrag: s.oben S.13 FN 2; für die Prorogation: s. oben S.17 FN 4.
5) für das Klagrücknahmeversprechen: s.oben S.9 FN 7
für den Schiedsvertrag: S.13 FN 1
für die Prorogation: S.17 FN 5.

Nach einer Formulierung von Ehrenzweig[1] ist im Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse eine neue "Einlage" für die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen zu eröffnen.

Derselben Auffassung sind diejenigen[2], die die Vertragsnatur der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen leugnen und statt dessen die beiden übereinstimmenden Erklärungen der Parteien als parallel laufende einseitige Prozeßhandlungen der Parteien bezeichnen. Der Vertrag ist nach dieser Auffassung dem Prozeßrecht fremd. Zwischen den Parteien schaffe das Prozeßrecht keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen.[3] Wenn die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen dennoch dem Prozeßrecht zugeordnet werden sollen, dann muß diese Meinung die Erklärungen, aus denen sich eine Vereinbarung zusammensetzt, durch Begriffe erfassen, die dem Prozeßrecht angemessen sind.

Gegen diese Identifizierung von Vertragsform und Privatrecht erhob sich Widerspruch. Dem Vertrag als Form zur Regelung rechtlicher Beziehungen wurde die qualifizierende Kraft abgesprochen. Die Gegner leugnen zwar nicht, daß der Vertrag im Privatrecht seine größte Bedeutung entfalte . Im Grunde sei er jedoch als Tatbestand, ohne Berücksichtigung der Rechtswirkungen, neutral und farblos. Als Tatbestand sei der Vertrag in allen Rechtsbereichen denkbar, so auch im Prozeßrecht.

Monographisch grundlegend wurde diese Meinung von Schiedermair[4] verfochten. Er sucht die Ab-

---

1) GrünhutsZ Bd. 18, S. 244.
2) z.B. Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S. 21, 52; gegen ihn insoweit Böhm, ZfRV 1968, S. 265.
3) dieser Ausgestaltung des Prozeßrechtsverhältnisses liegt die Auffassung von K. Hellwig zugrunde, vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, S. 7.
4) Vereinbarungen, S. 29 ff; früher z.B. schon Sachse, ZZP Bd. 54, S. 416; heute statt vieler etwa Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 49.

grenzungsmerkmale für die Qualifikation der Vereinbarung nicht in der tatbestandlichen Erfassung als Vertrag, sondern in den von dem Vertrag erzeugten Wirkungen.[1] Er unterscheidet zu diesem Zweck zwischen den schon oben aufgeführten unmittelbaren und mittelbaren bzw. verfügenden und verpflichtenden Wirkungen.[2] Jene gäben den Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen prozeßrechtliche, diese privatrechtliche Natur. Schiedermair schließt also, um zu qualifizieren, von den Wirkungen auf das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit. Er untersucht deshalb beim Klagrücknahmeversprechen[3] und beim Schiedsvertrag[4], ob der von den Parteien erstrebte Erfolg durch die verfügende Wirkung durchgesetzt werden kann, oder ob eine verpflichtende Wirkung notwendig ist. Er verneint letzteres generell und schließt daraus auf die prozeßrechtliche Natur dieser Vereinbarungen. Umgekehrt ist aber selbstverständlich auch der Schluß von der prozeßrechtlichen Natur auf die ausschließlich verfügende Wirkung bzw. von der privatrechtlichen Natur auf die verpflichtende Wirkung zulässig. Sollte allerdings ein Bedürfnis für verpflichtende Verträge bestehen, so ist nach Schiedermair ein privatrechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen denkbar. Ob die Parteien im Bedürfnisfall einen derartigen Vertrag tatsächlich gewollt hätten, sei durch Auslegung zu ermitteln.[5]

Spricht man verkürzt von der Qualifikation des materiellen Anspruchs, so läßt sich diese Auffassung auf die Formel reduzieren: ein materieller Anspruch im Sinn von § 194 BGB ist gleich einem materiellrechtlichen Anspruch des § 194 BGB.[6] Materielle Ansprüche kann es nach dieser Auffassung im Prozeßrecht nicht

---

1) a.a.O., S. 33.
2) s. oben S. 7.
3) s. oben S. 11 FN 5,6.
4) s. oben S. 15 FN 4,5.
5) a.a.O., S. 175 ff.
6) Zu dieser Gleichung s. H.J. Hellwig, Systematik, S. 75.

geben.

Letztlich folgt dieser Auffassung auch Baumgärtel. Zwar hebt er primär auf die rechtnehmende und rechtgebende Funktion einer Vereinbarung als Abgrenzungskriterium ab. Doch bei der Behandlung des Klagrücknahmeversprechens wird seine klassische Position deutlich. Im Gegensatz zu Schiedermair bejaht er die verpflichtende Wirkung dieses Versprechens im Anschluß an das Reichsgericht,[1] doch leitet er daraus ganz im Sinne von Schiedermair die privatrechtliche Natur des Versprechens ab.[2]

Gegen den Schluß von der Verpflichtungswirkung einer Vereinbarung auf deren materiellrechtliche bzw. privatrechtliche Natur wendet sich H.J. Hellwig. Zwar grenzt auch er danach ab, ob die unmittelbar durch den Vertrag bzweckten Rechtsfolgen auf prozessualem Gebiet liegen.[3] Im Normalfall wirke deshalb auch die Vereinbarung über prozessuale Beziehungen verfügend auf die Prozeßlage.[4] Unmittelbarkeit sei jedoch auch dann gegeben, wenn die Partei als Träger prozessualer Rechte zur Ausübung oder Nichtausübung eben dieser Rechte verpflichtet werde.[5] Im Gegensatz zu Schiedermair meint er, wo ein Bedürfnis nach verpflichtender Wirkung bestehe, entfalte die Vereinbarung als prozeßrechtliche diese Wirkung.[6] Ausgangspunkt der These von Hellwig ist, daß auch der Zivilprozeß materielle Elemente, nämlich Beziehungen der Parteien zueinander, enthalte, ohne daß dadurch der prozeßrechtliche Charakter der diese Beziehungen regelnden Norm verloren gehe.[7] Denn das Prozeßrecht sei nur als Unterfall des öffentlichen Rechtes, nicht

---

1) Wesen, S. 263 f.
2) a.a.O., S. 272.
3) Systematik, S. 44.
4) Zu dem Begriff "Prozeßlage" als Ausschnitt aus dem Prozeßrechtsverhältnis vgl. Wach, Handbuch, S. 34 ff.; Bruns, ZPR, S. 7 ff.
5) Systematik, S. 57, 79 f.
6) a.a.O., S. 60 ff.
7) a.a.O., S. 50 f., 77 ff.

jedoch als formelles Recht zu begreifen.[1)]

Dem Ergebnis dieser Auffassung, daß Vereinbarungen des Prozeßrechts auch Verpflichtungen erzeugen können, haben sich inzwischen weitere Autoren [2)] angeschlossen. Schwab [3)] läßt zwar, im Gegensatz zu Schiedermair, theoretisch die Konstruktion einer verpflichtenden prozeßrechtlichen Vereinbarung zu, leugnet aber, ebenso wie Schiedermair, ein praktisches Bedürfnis.

Bei den prozessualen Vereinbarungen ist streitig, ob sie verpflichtende Wirkung erzeugen. Es ist daher zweifelhaft, ob sie zur Begründung von Ansprüchen gegenüber ausländischen Prozessen herangezogen werden können. Die verpflichtende Wirkung ist für die Tatbestände, die im nächsten Abschnitt behandelt werden, nicht zweifelhaft. Sie ist von der Zivilprozeßordnung vorgesehen. Nur ihre Qualifikation ist problematisch.

1.2. Haftung aus der Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Titels

Die §§ 717 Abs. 2, 945, 3o2 Abs. 4 und 6o2 Abs. 2 ZPO gewähren der vorläufig unterlegenen Partei einen Scha-

---

1) s.unten S.99.
2) Schönke-Kuchinke, ZPR, S.148; über die Prozeßverträge hinaus jetzt auch Henckel, Prozeßrecht, S.15, dessen Unterstützung ein Verfechter dieser Auffassung mit Einschränkungen begrüßen wird, da Henckel die Qualifikationsfrage jeden normativen (wertenden) Gehalts entleert, vgl.unten S. 79 FN 2.
3) Rosenberg-Schwab, ZPR, S.322 f.; im Widerspruch dazu aber S.323 (§§ 66 IV 2), wo er verpflichtende Prozeßverträge aufzählt.

densersatzanspruch, wenn der Gegner aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Titels vollstreckt, oder der Unterlegene die drohende Vollstreckung abwendet. Weitere Voraussetzung ist, daß der vorläufig vollstreckbare Titel im Verlaufe des Verfahrens aufgehoben wird, und der Vollstreckungsschuldner durch die vorläufige Vollstreckung einen Schaden erleidet.

Die Ersatzansprüche wurden durch die Novelle des Jahres 1898 in die Zivilprozeßordnung eingeführt. Vorgänger des § 717 Abs. 2 ZPO war § 655 Abs. 2 ZPO aus dem Jahre 1877, der bei Wegfall des vorläufig vollstreckbaren Urteils die Erstattung des Geleisteten vorsah [1]. Der Grund dieser Ansprüche ist in dem Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit zu suchen, das durch die Zivilprozeßordnung von 1877 eingeführt wurde. Die vorläufige Vollstreckbarkeit sollte die unterliegende Partei vor Berufungen abhalten, die allein der Prozeß- bzw. Vollstreckungsverschleppung dienten[2]. Obwohl in vielen Fällen für den Gläubiger mit einer Pflicht zur Sicherheitsleistung gekoppelt, schien das Korrekturinstrument der vorläufigen Vollstreckbarkeit seinerseits über den ihm zugedachten Zweck hinauszuschießen. Viele dieser präventiven Vollstreckungen

---

1) RGBl. 1877, S.83; Zur Geschichte beider Vorschriften s. Pecher, Schadensersatzansprüche, S.29.
2) Hahn, Materialien, 1.Abt., S.428; Kritik a.a.O., S.796 ff.

schienen mit der endgültig festgestellten Rechtslage nicht im Einklang zu stehen, da der vorläufig vollstreckbare Titel in der Berufungsinstanz keinen Bestand hatte.

Es wäre möglich gewesen, die Prozeßverschleppung durch Straffung des Rechtsmittelverfahrens oder durch ein Zulassungsverfahren für die Berufung zu bekämpfen. Das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit als Wirkung nicht rechtskräftiger Urteile hätte abgeschafft werden können[1]. Diese Wege ging man jedoch nicht. Vielmehr wurde die Kontrolle in das Nachhinein verlegt. Bei einer Vollstreckung aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren, später jedoch aufgehobenen Titels, ist der Unterlegene auf den nachträglichen Ausgleich im Wege des Schadensersatzes verwiesen.

Besondere Schwierigkeiten macht der Fall, daß der vorläufig vollstreckbare Titel in der Berufungsinstanz aufgehoben wird, eine Entscheidung in der Sache jedoch nicht ergeht, die Klage vielmehr durch Prozeßurteil als unzulässig abgewiesen wird. Soll in diesem Fall dem Vollstreckungsschuldner, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, ein Schadensersatzanspruch gewährt werden? Was geschieht mit diesem Schadensersatzanspruch, wenn der Anspruch, um dessentwillen vollstreckt wurde, durch

---

1) vgl. schon Protokolle (BGB-Entwurf), Bd.2, S.675 f., 676 oben; de lege ferenda ist Matscher, Jur.Bl.1965, S.196 für die Abschaffung der vorläufigen Vollstreckbarkeit.

ein späteres Urteil in der Sache rechtskräftig bestätigt wird? Nach herrschender Meinung[1] ist die Korrektur durch Gewährung eines Schadensersatzanspruchs ebenso vorläufig wie die Vollstreckung und die Aufhebung des vorläufigen vollstreckbaren Titels, die den Schadensersatzanspruch ausgelöst haben. Wird der streitige Anspruch, um dessentwillen vollstreckt wurde, bestätigt, so entfällt der Schadensersatzanspruch aufgrund der vorläufigen Vollstreckung. Abweichend sieht Pecher[2] in § 717 Abs.2 ZPO zwei Vorschriften enthalten. Wird der vorläufig vollstreckbare Titel durch ein abweisendes Urteil in der Sache selbst beseitigt, so soll dieser Tatbestand einen Schadensersatzanspruch erzeugen. Auf der anderen Seite soll aber in § 717 Abs. 2 ZPO auch noch die frühere Erstattungsregel des § 655 Abs. 2 ZPO enthalten sein. Diese Erstattungsregel komme zum Zug, wenn der vorläufig vollstreckbare Titel aus prozessualen Gründen aufgehoben werde. § 717 Abs. 2 ZPO ist nach dieser Auffassung janusköpfig.

Schon früher war es umstritten[3], ob § 655 Abs. 2 ZPO als Anspruchsgrundlage dem Prozeßrecht oder dem materiellen Recht zuzuordnen war. § 717 Abs. 2 und die entsprechenden anderen Vorschriften der ZPO[4] werden heute gemeinhin[5] trotz ihrer Stellung in der ZPO dem

---

1) s. z.B. St-J-Münzberg, ZPO, § 717, Anm. II 2.
2) Schadensersatzansprüche, S. 156, 162, 194.
3) s. etwa Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 139 i.V.m.S.81; weitere Nachweise bei Pecher, Schadensersatzansprüche, S. 31 f.
4) Ebenso wie bei den prozessualen Vereinbarungen (s.oben Seite 8f.) schoben die Motive zur ZPO derartige Ansprüche dem Privatrecht zu, s.Görres ZZP Bd.35, S.368 f.; die Verfasser des BGB sahen die Ausgleichsregelung als eine prozeßrechtliche Frage an, s.Begründung des Hauptantrages in den Protokollen, Bd. 2, S. 673 f.
5) RGZ 148, S.167 (171); Görres, ZZP Bd.35, S.380; Fischer-Fischerhof, Schadensersatzpflicht, S.53; Titze, Schlegelberger-Festschrift, S.186; Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S.12 f., 111; Götz v. Craushaar, Die internationalrechtliche Anwendbarkeit, S.11; Hopt, Schadensersatz, S.177, FN 2; St-J-Pohle, ZPO, Einl.M I 1; St-J-Münzberg, ZPO, § 717, Anm. II 4; Thomas-Putzo, ZPO, § 717, Anm. 2.

materiellen Recht zugeschlagen. Stärker umstritten[1] ist das Haftungsprinzip, das diesen Ansprüchen zugrundeliegt.

Pecher[2] ordnet den Schadensersatzanspruch sowie seine Tatbestandsgrundlage dem materiellen Recht zu, während die in § 717 Abs. 2 ZPO ebenfalls enthaltene Erstattungsregel Teil des Prozeßrechts ist. Henckel [3] unterscheidet zwischen der Anspruchsgrundlage als Tatbestand und dem Schadensersatzanspruch als Rechtsfolge. Den Tatbestand entnimmt er dem Prozeßrecht, während er die Rechtsfolge, den Anspruch, dem materiellen Recht zuweist.

Die behandelten Ansprüche erfassen nur einen kleinen Teil des prozessualen Verhaltens einer Partei. Es fragt sich, ob eine Partei auf die Deliktsnormen des bürgerlichen Rechts zurückgreifen kann, wenn sie auf ein Verhalten des Gegners einwirken oder reagieren will, für das die ZPO keine Sanktion vorsieht. Dieser Frage wird in den zwei folgenden Abschnitten nachgegangen. Bejaht man derartige Ansprüche, so taucht , wie bei den beiden anderen Anspruchsgrundlagen (Vereinbarung, § 717 ZPO), das Problem der Qualifikation auf.

---

1) Fischer-Fischerhof, a.a.O., S.52 ff. (deliktische Haftung für rechtswidriges Handeln); Lent-Jauernig, a.a.O., (Gefährdungshaftung); Schönke-Baur,Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 6 (privatrechtlicher Aufopferungsanspruch); weitere Nachweise bei Henckel, Prozeßrecht, S.27o, FN 115-117; eingehend zum Haftungsprinzip jetzt St-J-Münzberg, ZPO, § 717, Anm.II 1
2) s.oben S.26 FN 2.
3) Prozeßrecht, S.259.

1.3 Haftung aus sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)

Man kann die Prozeßführung als ein menschliches Verhalten ansehen, das wie jedes andere Verhalten den Regeln des materiellen Rechts unterworfen ist[1]. Um diese behauptete Unterordnung des Prozeßrechts unter das materielle Recht handelt der Streit, wie sittenwidrig erschlichene oder ausgenutzte Urteile zu behandeln sind[2].

Vom Prozeßrecht ist zur Beseitigung der Rechtskraft in Ausnahmefällen das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 578 ff. ZPO) vorgesehen. Insbesondere die novellierten Restitutionsgründe erfassen teilweise (§ 58o Ziff.1, 2,4 ZPO und Ziff. 3 und 5, soweit ein Zeuge, Sachverständiger oder Richter durch den Gegner zur Pflichtverletzung bestimmt wurde) sittenwidriges Erschleichen eines Urteils. Bis zu fünf Jahren nach Eintritt der Rechtskraft kann das Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet werden (§ 586 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Sehr bald schon in der Geschichte der ZPO hielt die Rechtsprechung die vom Gesetz gewährten Restitutionsgründe für zu eng. Darüber hinaus schien ihr die Frist für die Statthaftigkeit der Wiederaufnahmeklage zu kurz bemessen. Als Ausweg aus dieser Lage gewährten die Gerichte der unterlegenen Partei einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 826 BGB,

---

1) Neuner, Privat- und Prozeßrecht, S.172.

2) s. zu diesem Streit neuestens Baumgärtel-Scherf, JZ 197o, S.316.

wenn das Urteil von der obsiegenden Partei sittenwidrig erschlichen oder ausgenutzt wurde.[1] Auch die Novellierung der ZPO[2] änderte nichts an dem Katalog einzelner Restitutionsgründe. Ein generalklauselartiger Restitutionsgrund der arglistigen Täuschung wurde nicht Gesetz.[3]

Auch die Entscheidungen der Nachkriegszeit hielten deshalb an der Rechtsprechung des Reichsgerichts fest.[4] Allerdings wurde der Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens der Vorrang eingeräumt. § 826 BGB sollte nur subsidiär gelten.[5] Die Subsidiarität wurde damit begründet, daß der Regelungsgegenstand beider Behelfe, des Wiederaufnahmeverfahrens und des Anspruchs aus § 826 BGB, identisch sei, nämlich das sachlich unrichtige rechtskräftige Urteil. Diese Subsidiarität des § 826 BGB wird neuerdings vom BGH[6] geleugnet. Die Entscheidung geht davon aus, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen einmal im Prozeßrecht (Wiederaufnahmegründe), zum anderen im materiellen Recht (§ 826 BGB) geregelt seien und nichts miteinander gemein hätten. Im Ergeb-

---

1) frühere RG-Urteile z.B. RGZ 36, S. 142 (noch vor Inkrafttreten des BGB); RGZ 46, S.45; RGZ 61, S.359; einen Überblick über die gesamte Rechtsprechung gibt Thumm, Die Klage aus § 826 BGB.
2) StrRAnglVO v. 29.5.1943 (RGBl. I S.339).
3) vorgesehen imEntwurf 1931, § 546 Zf. 6
4) s. BGHZ 4o, S.13o.
5) BGH ZZP Bd.77, S.47o m.Anm.v.Bruns; OLG Celle, NJW 1966, S.2o2o.
6) BGHZ 5o, S.115.

nis führt diese Auffassung zum Nebeneinander beider Behelfe.

Die Literatur ist sich uneinig. Einige Stimmen[1] unterstützen die Rechtsprechung, zumindest soweit Subsidiarität des § 826 BGB bejaht wird.[2] Andere[3] versuchen, soweit die Restitutionsklage versagt, wenigstens dem unrichtigen Urteil die Vollstreckbarkeit zu nehmen. Das sittenwidrige Verhalten soll eine Einwendung i.S. des § 767 ZPO sein, so daß der unterlegenen Partei der Behelf der Vollstreckungsgegenklage offenstehe . All diese Auffassungen werden von denjenigen[4] verworfen, die auf das in der Rechtskraft verkörperte Prinzip der Rechtssicherheit pochen. Für diese Stimmen ist das Wiederaufnahmeverfahren eine Ausnahmeregelung, durch die dieses Prinzip durchbrochen wird. Über die gesetzliche Ausnahmeregelung hinaus gebe es keinen Weg praeter legem, die Rechtskraft zu durchbrechen. Die Rechtssicherheit gehe insoweit der Individualgerechtigkeit vor. Zuzulassen sei nur eine analoge Ausdehnung der Restitutionsgründe, die durch die Beweisanforderungen des Wiederaufnahmeverfahrens begrenzt sei, da diese die Grundlage dieser Regelung bildeten.

---

1) Dernburg, DJZ 1905, S. 465; Kohler, AcP Bd.114, S.270; Bernhardt, ZZP Bd.66, S.77 (gegen diesen kritisch Jauernig, ZZP Bd. 66, S. 398); Nikisch, ZPR, S. 520 ff. (sehr abgewogen); Schönke-Schröder-Niese, ZPR, S. 340 ff.; Soergel-Knopp, BGB, 10. Aufl., § 826, Rdnr.215.

2) gegen BGHZ 50, S.115 insoweit Palandt-Thomas, BGB, § 826, Anm. 8 o (a.E.); Konsequenz bescheinigt dem BGH allerdings Zeiss, JuS 1969, S. 366.

3) Kohler, AcP Bd. 80, S. 190 f. ("Vollstreckungsgegenklage ... Rächerin des materiellen Rechts ... gegen den Dämon des Formalismus); Lukes, ZZP Bd. 72, S. 113 ff.," 117; Rosenberg, ZPR, 9. Aufl. S. 787.

4) Gaul, Grundlagen, S. 18, 30; ders. AcP Bd. 168, S. 40 ff.," Larenz, Kennzeichen, S. 11; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Einf. § 322, Anm. 6; Rosenberg-Schwab, ZPR, S. 855; Baumgärtel-Scherf, JZ 1970, S. 316 ff.; Henckel, Prozeßrecht, S. 104 f. (allerdings nicht über den Grundsatz der Rechtssicherheit argumentierend).

Das sittenwidrige Erschleichen oder Ausnutzen eines rechtskräftigen Urteils ist nur ein Fall sittenwidrigen prozessualen Verhaltens. Da die Rechtsprechung die Haftung in diesem Fall bejaht, muß sie dies konsequenterweise auch in anderen Fällen sittenwidrigen prozessualen Verhaltens tun. Eine Partei hat also auch in solchen Fällen mit Schadensersatzansprüchen zu rechnen.[1)]

Für den BGH[2)] muß der Anspruch aus § 826 BGB materiellrechtlichen Charakter tragen. Seine Auseinandersetzung mit den Gegenstimmen in der Literatur steht und fällt mit der scharfen Trennung des § 826 BGB als Anspruchsgrundlage des materiellen Rechts vom Prozeßrecht. Im Gegensatz hierzu wird jedoch auch behauptet[3)], der Anspruch aus § 826 BGB habe eigentlich prozeßrechtlichen Charakter. Er sei seinem Zweck nach nur eine Ausweitung des Verfahrensrechtlichen Schutzes, wie ihn das Wiederaufnahmeverfahren biete.

1.4 Allgemeine Deliktshaftung (§ 823 BGB) oder Haftung aus dem Prozeßrechtsverhältnis

Über § 826 BGB hinaus hat die Rechtsprechung[4)] die allgemeine deliktische Haftung aus § 823 BGB nur für eine besondere Fallgruppe bejaht. Es ist dies der Fall der Unterlassungsklage aufgrund eines nicht vorhandenen gewerblichen Schutzrechtes. Diese Klage soll möglicherweise rechtswidrig sein und eine Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB begründen. Als geschütztes Recht wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des zu Unrecht auf Unterlassung Verklagten angesehen. In allen anderen Fällen der Verfahrenseinleitung hat der BGH[5)] dagegen die Rechtswidrigkeit des

---

1) Palandt-Thomas, BGB, § 826, Anm. 8 n mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundz § 128, Anm. 5 F.
2) s. oben S. 29 FN 6.
3) Hopt, Schadensersatz, S. 175 f. (und FN 6).
4) BGHZ 38, S.200 (Kindernahmaschinen) mit Nachweisen aus der älteren Rechtsprechung; kritisch hierzu Soergel-Zeuner, BGB, 10.Aufl., § 823, Rdnr.76; vgl. auch Henckel, Prozeßrecht, S.299 f.
5) BGHZ 20, S.169; BGHZ 36, S.18 = JZ 1962, S.94 mit Anm. v. Baur.

Vorgehens und damit die Anwendung des § 823 BGB verneint. Der Kern der Begründungen dieser Entscheidungen ist: Wenn sich der Bürger eines von der Rechtsordnung zur Austragung von Streitigkeiten vorgesehenen Verfahrens bediene, könne er insoweit nicht rechtswidrig handeln.

Im Schrifttum mehren sich jedoch die Stimmen[1], die diese Rechtsprechung angreifen und eine Erweiterung des deliktischen Rechtsschutzes gegenüber prozessualem Handeln befürworten. Die Haftungsvoraussetzung des Verstoßes gegen die guten Sitten wird, insbesondere auch aufgrund der Beweisanforderungen, als zu streng empfunden.

Ansprüche aus § 823 BGB scheiden nach dieser Ansicht nicht ohne weiteres deshalb aus, weil das prozeßrechtlich zulässige Handeln im Prozeßrecht seinen Rechtfertigungsgrund trage. Ein derartiger Rechtfertigungsgrund wird nicht anerkannt.[2] Andererseits soll auch die Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter nicht die Rechtswidrigkeit indizieren.[3] Nach Hopt[4] ist ein Verhaltenskatalog aufzustellen, anhand dessen sich rechtmäßiges von rechtswidrigem prozessualen Handeln scheiden läßt. Nach Zeiss[5] gibt es eine Pflicht zur redlichen Prozeßführung. Verhaltenspflichten könnten sich darüber hinaus auch als Nebenpflichten aus dem im Streit befangenen materiellen Rechtsverhältnisse ergeben.[6]

Auch auf der Ebene des Verschuldens soll der Deliktschutz eingeschränkt werden. Sanktioniert sei nur vorsätzliches und grob fahrlässiges Handeln.[7]

---

1) Zeiss, NJW 1967, S.703 ff.; H. J. Hellwig , NJW 1968, S.1072; Hopt, Schadensersatz, S.195 ff.
2) Zeiss, a.a.O., S. 704 f.
3) Ansatzpunkt ist daher die neuere von der klassischen Auffassung abweichende Lehre über die Rechtswidrigkeit im Zivilrecht, vgl. zu dieser Larenz, Schuldrecht II, BT, S.426 ff.
4) Schadensersatz, S. 251 ff.
5) NJW 1967, S. 707.
6) Positive Vertragsverletzung als Anspruchsgrundlage, a.a.O.
7) Zeiss, NJW 1967, S.705; nach Henckel, Prozeßrecht,S.303 kann die Verletzung eines im Streit befangenen Rechtsguts (Forts. S.33).

Nach den Rechtsgütern grenzt H.J. Hellwig[1] den Deliktsschutz ab. Er unterscheidet zwischen solchen Rechtsgütern, die in dem Rechtsstreit befangen bzw. die Streitgegenstand sind. Von diesen seien die Rechte oder Rechtsgüter zu trennen, deren Verletzung durch prozessuales Handeln sich als Nebenfolge des Prozesses darstelle, so wenn z.B. durch die Klage der geschäftliche Ruf oder die Gesundheit des Beklagten ruiniert werde. Nur die Verletzung eben dieser Güter, die nicht im Streit befangen seien, löse eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB aus. Die Rechtswidrigkeit des Handelns in bezug auf diese Güter sei im Einzelfall durch eine Interessenabwägung zwischen beiden Parteien festzustellen.[2]

Hopt[3] schränkt außerdem noch den Inhalt des Deliktsschutzes ein. Der vorbeugende Schutz in Gestalt einer Unterlassungsklage sei ausgeschlossen. Der Verletzte sei auf den Geldausgleich, also auf eine reine Haftungssanktion i.S. Siber's[4] verwiesen. Hopt begründet diese Einschränkung mit dem Vorrang der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, der Unterlassungsklagen vor nicht mit dem eigentlichen Streitgegenstand befaßten Gerichten ausschließe. Der Unterlassungsklage fehle insoweit das Rechtsschutzbedürfnis.[5]

Die Schadensersatzpflicht aus § 823 BGB wird ebenso wie die aus § 826 BGB als eine materiellrechtliche Pflicht angesehen, weil sie auf dem Gebot eines Verhaltens beruhe, das sich im außerprozessualen Bereich vollziehe.[6]

Forts. FN 7 S. 32:
(vgl. auch im folgenden Text) nur bei vorsätzlichem Mißbrauch des Prozesses sanktioniert werden. Damit ist aber die Grenze zur sittenwidrigen Schädigung erreicht, wenn nicht gar überschritten.

1) NJW 1968, S.1072 ff., ihm folgt im wesentlichen Henckel, Prozeßrecht, S. 303 ff.
2) NJW 1968, 1074; Henckel, Prozeßrecht, S.305.
3) Schadensersatz, S.301 f.
4) JheringsJb. Bd.50, S. 77 ff., 86, 121 f.
5) Schadensersatz,S.303; zur Kritik dieserMeinung, s.unten S. 134 ff.
6) Henckel, Prozeßrecht, S.25.

Andere Autoren [1] sind ebenfalls bereit, die Skala der Verhaltenspflichten zu erweitern. Die Pflichten werden jedoch nicht aus dem Deliktsrecht abgeleitet, und ihre Verletzung führt auch nicht zu deliktsrechtlichen Folgerungen. Als Grundlage der Pflichten und der Sanktionen im Falle ihrer Verletzung diene das Prozeßrechtsverhältnis.[2] Dessen Bedeutung wird dadurch über die rein theoretische Aufgabe eines Systembegriffes hinaus aktiviert.

Bei der Untersuchung der ausgewählten Anspruchsgrundlagen wurde offenbar, daß in manchen Fällen die Mehrheit der Gerichte und Autoren sich über das Ziel ihrer Bemühungen einig sind. Die Vereinbarung über prozessuale Beziehungen soll durchgesetzt werden. Der Katalog der Wiederaufnahmegründe soll vorsichtig erweitert werden. Nur über den Weg ist man sich uneins. Immer aber bieten sich prozessualer Behelf und materieller Anspruch als verschiedene Wege an, dasselbe Ziel zu erreichen. Das Nebeneinander verschiedener Rechtsbehelfe behandelt die Wissenschaft in der Lehre von der Konkurrenz. Zum Abschluß des ersten Abschnitts wird versucht, das Nebeneinander von prozessualem Behelf und materiellem Anspruch in Begriffen zu erfassen, die die Form der Konkurrenz aufhellen.

---

1) Lent ZZP Bd. 67, S.344 ff.; Dölle, Riese-Festschrift, S. 289, ähnlich Baumgärtel, Wesen, S.139 f.; der wie Dölle Treu und Glauben zur Begründung solcher Pflichten heranzieht, jedoch das Prozeßrechtsverhältnis als Anspruchsgrundlage ablehnt.

2) Lent, ZZP Bd. 67, S. 353; Dölle, Riese-Festschrift, S.29o; H.J. Hellwig, NJW 1968, S.1o73 f., soweit die Verletzung des im Streit begangenen Rechtsguts in Frage steht; ders., Systematik, S.77.

1.5 Die Konkurrenz der materiellen Ansprüche mit prozessualen Behelfen

Eine Konkurrenz setzt voraus, daß auf einen Lebenssachverhalt mehrere Rechtssätze angewandt werden können, die rechtspolitisch das gleiche Ziel verfolgen, die jedoch nach Tatbestand und/oder Rechtsfolge verschieden sind.[1] Vom Strafrecht ausgehend unterscheidet man Gesetzes- und Idealkonkurrenz.[2] Im Fall der Idealkonkurrenz sind beide Tatbestände und/oder Rechtsfolgen anzuwenden. Sind nur die Rechtsfolgen verschieden und kumulierend anzuwenden, so müssen sie auf irgendeine Weise in Einklang gebracht werden. Im Falle der Gesetzeskonkurrenz weicht ein Tatbestand oder eine Rechtsfolge der anderen. Es sind Subsidiarität und Spezialität zu unterscheiden.[3] Die subsidiäre Norm ist anzuwenden, wenn die sie ausschließende Norm ausfällt. Die spezielle Norm hingegen regelt den Sachverhalt erschöpfend. Die verdrängte Norm kommt überhaupt nicht zum Zug. Die Lösung der Konkurrenz auf eine der

---

1) Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz, S. 2 f.
2) Maurach, Deutsches Strafrecht, AT S.635 ff.; Schönke-Schröder, StGB, Vorb § 73, Rdnr. 1a, 57,59,64.
3) Der Fall der Konsumtion kann außer Betracht bleiben.

drei möglichen Weisen beruht auf einer Wertung des Gesetzgebers. Wenn die Konkurrenzform nicht ausdrücklich vom Gesetz genannt wird, ist sie durch Auslegung zu ermitteln.[1)]

Das Konkurrenzproblem ist nicht nur eine Erscheinung des materiellen Rechts. Auch das Prozeßrecht kennt seine Konkurrenzlagen. Erfüllt z.B. der Verpflichtete aus einem Klagrücknahmeversprechen oder aus dem Schiedsvertrag seine Verpflichtung nicht, so wird sein Gegner, der Anspruchsinhaber, versuchen, seinen Anspruch mit Hilfe der Gerichte durchzusetzen. Ob ihm mehrere Formen des Rechtsschutzes oder nur eine bestimmte Form zustehen, entscheidet sich nach seinem Rechtsschutzinteresse. Grundsätzlich hat die kompliziertere Form der Durchsetzung dem einfacheren und billigeren Weg zu weichen.[2)] Ist dieser Weg nicht gangbar, so kann der Rechtsuchende auf die kompliziertere Durchsetzungsform zurückgreifen. Die Frage nach dem Rechtsschutzinteresse als Sachurteilsvoraussetzung löst die Konkurrenz verschiedener prozessualer Durchsetzungsformen ausschließlich im Wege der Subsidiarität.[3)]

Gegenüber Schadensersatzansprüchen, die auf Wertersatz gerichtet sind, haben prozessuale Behelfe ebenfalls einen, wenn auch nur gedachten Vorrang. Die Möglichkeit, eine prozessuale Lage durch einen prozessualen Behelf zu ändern, ist nach § 254 BGB zu berücksichtigen, wenn der Berechtigte einen auf Geld[4)] gerichteten Schadensersatzanspruch aufgrund eines pflichtwidrigen

---

1) Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz, S. 5.
2) Pohle, Lent-Festschrift, S. 223.
3) Lüke, JuS 1969, S.303 f. hat, wenn er die "Statthaftigkeit" der Klage als Sachurteilsvoraussetzung behandelt, eine andere Konkurrenzform im Auge, vgl. hierzu unten S.43.
4) gegenüber Unterlassungsansprüchen kann § 254 BGB nicht berücksichtigt werden, Larenz, Anm. zu LG Frankenthal, NJW 1955, S. 263.

prozessualen Verhaltens des Gegners geltend macht. Der Berechtigte hat sich vorrangig zumutbarer prozessualer Behelfe zur Korrektur prozessualer Lagen zu bedienen.[1)]

Die Konkurrenzen zwischen materiellen Ansprüchen und prozessualen Behelfen wurden bei der Darstellung der Anspruchsgrundlagen schon angeschnitten. § 826 BGB konkurriert z.B. mit dem Wiederaufnahmeverfahren. Der Schwerpunkt der Konkurrenz liegt vorrangig in den Tatbestandsvoraussetzungen, nicht so sehr in den Rechtsfolgen, obgleich auch diese nicht dieselben sind. Zu diesem Konkurrenzproblem werden alle drei möglichen Lösungen, Idealkonkurrenz, Subsidiarität und Spezialität, vertreten.[2)]

§ 823 BGB ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs[3)] so weit verdrängt, als das Verhalten einer Partei vom Prozeßrecht geregelt wird. Die vom Prozeßrecht eingeräumte Freiheit, bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit von Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen, hat den Vorrang i.S. der Spezialität. Nach Hopt[4)] haben zumindest die prozessualen Regeln über die Zuständigkeit der Gerichte insoweit speziellen Charakter, als sie Unterlassungsansprüche gegen die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ausschließen, obwohl er die Lösung der Konkurrenz über das Rechtsschutzbedürfnis, also Subsidiarität, sucht.

Nur ein Konkurrenzproblem de lege ferenda werfen die Ansprüche aus der Haftung im Falle einer vorläufigen Vollstreckung auf. Die Wertungsfrage, wie der Prozeß-

---

1) Staudinger-Werner, BGB, § 254, Rdnr. 59.
2) s. oben S. 28 f.
3) s. oben S. 31 f.; Baur, Anm. zu BGH, JZ 1962, S.94 (95), sucht die Lösung auf prozessuale Weise. Er spricht dem ungerechtfertigten Konkursantrag das Rechtsschutzinteresse ab, unter Hinweis auf BGH, BB 1957, S.8. Das feinere Instrument des Rechtsschutzbedürfnisses sollte jedoch nicht als Auffangklausel für die Abwehr rechtsmißbräuchlichen Handelns dienen, s. unten S. 134 f.
4) s. oben S. 33.

verschleppung abzuhelfen ist, ob durch vorläufige Vollstreckbarkeit in Verbindung mit einer Gefährdungshaftung oder durch Einschränkung der Befugnis, Rechtsmittel einzulegen, stellt sich nur den Rechtspolitikern.[1]

In den Rechtsfolgen liegt das Konkurrenzproblem bei den Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen. Nur ein Tatbestand, nämlich der Vertrag, erfaßt den Lebenssachverhalt. Doch streiten zwei Rechtsfolgen, ein materieller Anspruch gegen eine prozessuale Einrede, seltener auch gegen eine prozessuale Gestaltungsklage[2], um Geltung. Beide Rechtsfolgen erstreben die Korrektur einer der Vereinbarungen entgegengesetzten Prozeßlage. Der Weg ist jedoch verschieden. Der materielle Anspruch soll das Verhalten der Gegenpartei steuern. Durch den prozessualen Behelf dagegen nimmt die befugte Partei selbst die Bewirkungs- oder Erwirkungshandlung vor, die den erstrebten Erfolg herbeiführt bzw. einleitet. Spezialität des prozessualen Behelfs, d.h. der Befugnis, die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben, nimmt die herrschende Meinung[3] als Rechtsfolge der Prorogation an. Subsidiarität des materiellen Anspruchs ist die Lösung für den Schiedsvertrag.[4] Ideal konkurrieren nach herrschender Meinung[5] materieller Anspruch und exceptio doli processualis als Folge des Klagerücknahmeversprechens.

Die Analyse ist jedoch für die Rechtsfolgen des Schiedsvertrages oder des Klagrücknahmeversprechens unbefriedigend. Denn materieller Anspruch und prozessuale Einrede sind nicht entgegengesetzt, wie es bei der Lektüre der Meinungen den Anschein

---

1) s. oben S. 24.
2) RG, JW 1901, S.122, Nr.10, ein Abkommen nicht zu vollstrecken, erzeugt im Fall des Zuwiderhandelns eine exceptio doli, auf die sich eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO stützen läßt; a.A. allerdings Emmerich, ZZP Bd.82, S.436 (Erinnerung nach § 766 ZPO).
3) s. oben S. 18 f.
4) s. oben S. 14.
5) s. oben S. 9.

haben könnte. Sie liegen vielmehr auf verschiedenen Ebenen. Die Einrede baut gewissermaßen auf dem materiellen Anspruch als Durchsetzungsmittel auf, wenn man der Auffassung des Reichsgerichts[1] folgt. Allenfalls die prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten des materiellen Anspruchs, d.h. die prozessuale Einrede und die Leistungsklage, konkurrieren. Die Konkurrenz wird über das Rechtsschutzinteresse als Sachurteilsvoraussetzung gelöst.

Von dieser Konkurrenz der prozessualen Durchsetzungsmittel ausgehend ist weiter zu fragen, ob nicht der Konkurrenz der Durchsetzungsmittel eine solche von subjektiven Rechten entspricht. Da die prozessuale Einrede und die prozessuale Gestaltungsklage Handlungen sind, die eine prozessuale Lage gestalten bzw. die Gestaltung einer prozessualen Lage erwirken wollen, läßt sich an ein gegen die andere Partei gerichtetes prozessuales Gestaltungsrecht denken, das der in der Einrede oder der Gestaltungsklage verkörperten Gestaltungsbefugnis zugrunde liegt.

Bei den Gestaltungsklagen im allgemeinen wird erwogen[2], ob sie auf einem Gestaltungsrecht beruhen, das das materielle Recht dem Kläger gegenüber dem Beklagten einräumt. In den Fällen, wie im Fall der Scheidung, in denen dieses Gestaltungsrecht nur durch eine Gestaltungsklage verfolgt und durch ein Gestaltungsurteil verwirklicht werden kann, läßt sich auch von einem Gestaltungsklagrecht sprechen.[3] Soweit durch das Urteil ein materielles Rechtsverhältnis gestaltet werden soll, wird überwiegend ein Gestaltungs- bzw. ein Gestaltungsklagrecht bejaht.[4] Im besonderen Fall der prozessualen

---

1) s.oben S.9.

2) de Boor, Judicium Bd.1, S.272; Arens, Streitgegenstand, S.30 f.; Bötticher, Dölle-Festschrift, Bd.1, S.41 ff.; Schlosser, Gestaltungsklagen, S.29 ff.; Behre, Streitgegenstand, S.26; Lüke, JuS 1969, S.304 ff.

3) Lüke, a.a.O., S.305.

4) vgl. die oben FN 2 Genannten; a.A. für den Fall der Scheidung Lüke a.a.O.

Gestaltungsklagen wird jedoch ein prozessuales Gestaltungsrecht als Grundlage derselben geleugnet.[1]

Ein derartiges prozessuales Gestaltungsrecht wird für unvereinbar mit der publizistischen Natur des Prozesses gehalten.[2] Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig. Publizistisch ist sicherlich die Beziehung der Parteien zum Gericht. Ob in diesem Rahmen Justizgewährungsrechte in der Form von subjektiven öffentlichen Rechten zu bejahen sind, mag dahingestellt bleiben.[3] Die Beziehung zwischen den Parteien beruht jedoch auf Waffengleichheit, d.h. Gleichordnung.[4] In dieser Beziehung sind, unabhängig von der publizistischen Qualifikation aller Beziehungen des Prozeßrechtsverhältnisses, Gestaltungsrechte denkbar. Das prozessuale Gestaltungsrecht als Grundlage einer prozessualen Gestaltungsklage richtet sich nur gegen die andere Partei, nicht jedoch gegen das Gericht, ebenso wie das Scheidungsrecht sich gegen den anderen Ehepartner, nicht gegen das mit der Scheidung befaßte Gericht richtet. Das zwischen Gericht und Parteien herrschende Über- und Unterordnungsverhältnis steht demnach einem prozessualen Gestaltungsklagrecht nicht entgegen.

Gegen dieses wird weiter vorgebracht,[5] die Wirkungen der prozessualen Gestaltungsklagen erschöpften sich im prozessualen Raum, indem sie ausschließlich auf Beziehungen des Prozeßrechts einwirkten. Nicht entscheidend gegen diese Auffassung kann ins Gewicht

---

1) Pfeifer, Die prozessualen Gestaltungsklagen, S. 88; Staab, Gestaltungsklage, S. 34 f.; Behre, Streitgegenstand, S.80 (beschränkt auf das Wiederaufnahmeverfahren).
2) Pfeifer, a.a.O.
3) s. zum Justizanspruch, Rechtsschutzanspruch St-J-Pohle, ZPO, Einl.E I 2,3; Rosenberg-Schwab, ZPR, S.10 ff.; Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 366 ff.
4) s. oben Seite 4 ; in diesem Sinne vgl. auch die Argumentation von H.J. Hellwig, Systematik, S.51, zu prozeßrechtlichen materiellen Ansprüche als Rechtsfolge prozessualer Vereinbarungen.
5) Staab, s. oben FN 1.

fallen, daß das prozessuale Gestaltungsrecht nicht Wirkung einer prozessualen Gestaltungsklage, sondern höchstens Voraussetzung der günstigen Entscheidung über eine derartige Klage sein kann. Der Kern dieses Arguments liegt vielmehr in der formalen Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht. Das Prozeßrecht könne nicht Grundlage der Entstehung subjektiver Rechte sein. Wo aber subjektive Rechte angetroffen würden, handle es sich um Beziehungen des materiellen, nicht des Prozeßrechts. Im Grunde ist dies die von Schiedermair vertretene Auffassung zu materiellen Ansprüchen im Prozeßrecht[1] bezogen auf Gestaltungsrechte. Wenn man im Gegensatz zu dieser Auffassung jedoch anerkennt, daß auch im Prozeßrecht subjektive Rechte und nicht nur Möglichkeiten und Lasten die Beziehungen zwischen den Parteien regeln können, ist nichts gegen ein prozessuales Gestaltungsrecht als Grundlage der prozessualen Gestaltungsklagen einzuwenden.[2]

Die prozessuale Gestaltungsklage ist aber ihrerseits nur einer von mehreren Behelfen, eine Prozeßlage zu ändern. Die prozessuale Gestaltungsklage wird dann notwendig, wenn das Prozeßrechtsverhältnis abgewickelt, der Prozeß schon rechtskräftig entschieden ist. Mittels der Gestaltungsklage soll die Endlage dieses Prozesses, d.h. das Urteil, korrigiert werden.[3] Ein anderer Fall ist gegeben, wenn die Beziehungen der Parteien in das Stadium des Vollstreckungsverhältnisses getreten sind, und die Grundlage dieses Vollstreckungsverhältnisses, die Vollstreckbarkeit des Titels oder der Umfang, der

---

1) s. oben S. 20 f.

2) Der Einwand Behre's gegen ein Gestaltungsrecht im Wiederaufnahmeverfahren (s. oben S.40 FN 1) steht und fällt mit der Auffassung, daß die Wiederaufnahmeklage keine echte Gestaltungsklage, sondern ein rechtsmittelähnlicher Behelf sei. Vgl. auch Schiedermair, Dölle-Festschrift, Bd. 1, S.355. Wenn jedoch die Rechtskraft eines Urteils zu beseitigen ist, bedarf es der richterlichen Gestaltung. Dieser Gestaltung liegt ein Gestaltungsrecht der zu Recht wiederaufnehmenden Partei zugrunde.

3) a.A. Schiedermair, für das Wiederaufnahmeverfahren s. (Forts. S.42).

gerichtlichen Beurteilung unterworfen werden soll.[1] Ist jedoch das Prozeßrechtsverhältnis noch nicht abgewickelt, ist der Prozeß also noch anhängig, so kann eine prozessuale Lage durch den Behelf der prozessualen Einrede in diesem Prozeß korrigiert werden. Man könnte deshalb die prozessuale Einrede als vorweggenommene prozessuale Gestaltungsklage und umgekehrt die prozessuale Gestaltungsklage, wenigstens teilweise[2], als nachträgliche prozessuale Einrede bezeichnen. Beide Behelfe sind ihrem Ziel nach engstens verwandt. Daher ist unter den oben genannten Voraussetzungen auch der prozessualen Einredebefugnis ein prozessuales Einrederecht in der Form eines Gestaltungsrechts zuzuordnen.

Ein derartiges prozessuales Einrederecht kann allerdings nur in den Fällen bejaht werden, in denen die Ausübung des Einrederechts die prozessuale Lage unmittelbar ändert, in dem Sinne, daß das Gericht durch die Einrede in seiner Entscheidung festgelegt ist. Wenn dem Gericht, wie z.B. bei einer Vielzahl von prozeßleitenden Anordnungen, ein Emessensspielraum eingeräumt worden ist, die Partei also nur einen anregenden Antrag stellen kann, kann von einem Gestaltungsrecht gegenüber dem Gegner auf eine derartige prozeßleitende Verfügung keine Rede sein.

Die Annahme eines prozessualen Gestaltungsrechts hat allerdings keine praktische Bedeutung. Es dient vielmehr ausschließlich dazu, die Konkurrenzen besser zu erklären. Der Konkurrenz der prozessualen Durchsetzungsbehelfe entspricht eine Konkurrenz der diesen zugrundeliegenden subjektiven Rechte. Soweit oben, bei der

---

1) z.B. die Klage nach § 767 ZPO; s. Bötticher, Dölle-Festschrift, Bd. 1, S. 60; a.A. de Boor, Judicium, Bd. 1, S. 272.

2) § 767 ZPO ist auch die Klage, um materiellrechtliche Einwendungen vorzubringen.

Forts. v. S. 41 FN 3:
vorhergehende FN, nach dessen Auffassung der ursprüngliche Prozeß solange anhängig bleibt, bis wegen Fristablauf ein Wiederholungsverfahren unzulässig wird.

Behandlung der Anspruchsgrundlagen, dem prozessualen Durchsetzungsbehelf der Vorrang vor dem materiellen Anspruch eingeräumt wurde, konkurrieren in Wirklichkeit eben dieser materielle Anspruch und das entsprechende prozessuale Gestaltungsrecht. Wird die Konkurrenz der prozessualen Durchsetzungsbehelfe durch den Begriff des mangelnden Rechtsschutzinteresses gelöst, so bedeutet dies, auf die Ebene der subjektiven Rechte übertragen, Subsidiarität des materiellen Anspruchs zu dem prozessualen Gestaltungsrecht.[1] Wird die Konkurrenz jedoch dadurch gelöst, daß das Interesse an der Existenz des materiellen Anspruchs, wie im Fall der Prorogation[2], oder die generelle Schutzwürdigkeit des Interesses[3] geleugnet wird, so ist das Gestaltungsrecht gegenüber dem materiellen Anspruch die speziellere Rechtsfolge des anzuwendenden Tatbestandes.[4] Auf der Ebene der Durchsetzungsmittel, jedoch auch im Sinne der Spezialität, wird die Konkurrenz gelöst, wenn zwar ein materieller Anspruch theoretisch bejaht, die aus diesem folgende Leistungsklage jedoch als unstatthaft[5] behandelt wird, weil die Einrede das richtige Durchsetzungsmittel sei. Ähnliches gilt für die Auffassung, die den materiellen Anspruch als unklagbar ansieht[6] und die Unklagbarkeit eines Anspruchs der Regelung des Prozeßrechts unterwirft. In beiden Fällen ist eine Leistungsklage aus dem materiel-

---

1) vgl. auch Lüke, JuS 1969, S.307, allerdings beschränkt auf das Konkurrenzverhältnis materiellrechtlicher Ansprüche und materiellrechtliche Gestaltungsrechte.
2) s. oben S.23.
3) Dies ist dann der Fall, wenn die Klagbarkeit des materiellen Anspruchs (so Baumgärtel, Schima-Festschrift S.49) geleugnet wird und die Unklagbarkeit als Eigenschaft des Anspruchs dem materiellen Recht, nicht dem Prozeßrecht zugeordnet wird (z.B. Kohler, Gruch.Beitr. Bd.31, S.292; St-J-Pohle, ZPO, § 38, Anm. III 2; vgl. hierzu noch Emmerich, ZZP Bd. 82, S.435 f.
4) mit dem möglichen, aber nicht notwendigen Ausschluß etwaiger Schadensersatzansprüche, s. oben zur Prorogation S.18 f.
5) Lüke, JuS 1969, S.301 ff.
6) s. oben S.12 FN 1.

len Anspruch nicht als unbegründet, sondern ebenso wie bei fehlendem Rechtsschutzinteresse als unzulässig abzuweisen. Praktische Bedenken können gegen diese Meinungen nicht erhoben werden. Insbesondere hat die Abweisung als unzulässig oder unbegründet keine unterschiedlichen Auswirkungen für die Rechtskraft. Denn auch bei einem Prozeßurteil wird der konkrete Unzulässigkeitsgrund rechtskräftig festgestellt.[1)]

Wie auch immer man die Konkurrenz lösen mag, so leuchtet doch ein, daß die Leistungsklage bzw. der materielle Anspruch dem Gestaltungsrecht weichen muß. Das Gestaltungsrecht ist gegenüber dem materiellen Anspruch die gesetzestechnisch elegantere Lösung.[2)] Die Überlegenheit der prozessualen Einrede als Durchsetzungsmittel des Gestaltungsrechts über die Leistungsklage als Durchsetzungsmittel des materiellen Anspruchs liegt auf der Hand. Jene erspart einen Parallelprozeß. Nicht so offensichtlich ist allerdings der Vorzug der prozessualen Gestaltungsklage. Denn auch hier wird ein neuer Prozeß, ein Anhangsprozeß, eingeleitet. Doch ist allein das prozessuale Gestaltungsurteil in der Lage, alle Wirkungen eines Urteils zu beseitigen.[3)] Nur der Richter kann eine richterliche Gestaltung rückgängig machen. Der materielle Anspruch richtet sich aber nur auf eine Leistung des Schuldners, dessen Einfluß auf das Urteil nicht so weit reicht. Im übrigen sind materieller Anspruch bzw. Leistungsklage und Gestaltungsrecht bzw. prozessuale Gestaltungsklage praktisch austauschbar. Für lange Zeit wurde deshalb bei einer Klage

---

1) vgl. statt aller Henckel, Prozeßrecht, S. 227 FN 158.
2) Lüke, JuS 1969, S.305; auch Böttticher, Dölle-Festschrift Bd. 1, S. 42.
3) s. Rosenberg, ZPR, 9.Aufl., S.786 (unter 2); nicht so eindeutig ist allerdings die Sachlage bei den Gestaltungsklagen, die sich gegen die Vollstreckbarkeit richten. Sie sind unechte Gestaltungsklagen (Lüke, Jus 1969, S.305). Denn der Titelinhaber kann freiwillig auf die Vollstreckung aus dem Titel verzichten. Gleichwohl ist eine Vereinbarung über den Ausschluß der Vollstreckung bei Zuwiderhandeln ihrerseits wieder durch eine Gestaltungsklage durchzusetzen, s. oben S. 38 FN 2.

aus § 826 BGB gegen ein sittenwidrig erschlichenes oder ausgenutztes Urteil der Antrag, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil für unzulässig zu erklären, für unschädlich gehalten.[1] Der Gestaltungsantrag dürfte auch heute noch in einen Antrag auf Unterlassung der Vollstreckung und Herausgabe des Titels umzudeuten sein.[2]

1) BGH, MDR 1958, S. 413 m.Anm. v. Pohle, a.a.O., S. 753.

2) vgl. zu dieser Herausgabeklage Lüke, JZ 1956, S.475 f., der sie ablehnt, weil die Vollstreckungsabwehrklage der speziellere Rechtsbehelf sei.

2. Fallgestaltungen mit internationalrechtlichem Bezug

Die Fälle, die im folgenden gebildet werden, haben einen sehr einfachen Aufbau. Eine Partei strengt im Ausland einen Prozeß an, den Hauptprozeß. Der Beklagte dieses Rechtsstreits im Ausland wehrt sich hiergegen, indem er diesen ausländischen Prozeß bzw. das Verhalten des Gegners in dem ausländischen Prozeß der Beurteilung eines deutschen Gerichts unterwirft. Er strengt deshalb seinerseits eine Klage vor einem deutschen Gericht an, den Parallelprozeß. Hauptprozeß und Parallelprozeß sind also scharf voneinander zu unterscheiden. Zum besseren Verständnis werden die beiden Prozesse bzw. die beiden Gerichte, Rechte und Parteirollen mit Symbolen belegt. F 1 (F = forum) bezieht sich auf den Hauptprozeß im Ausland, F 2 auf den Parallelprozeß im Inland.

2.1 Fälle der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen und ihre Lösung nach den dargelegten Auffassungen

2.1.1 Fälle

1. Fall - Klagrücknahmeversprechen:

   Die Parteien haben vereinbart, daß der Kläger des Hauptprozesses (F 1) seine Klage zurücknehme. Die Vereinbarung kann möglicherweise in einem außergerichtlichen Vergleich enthalten sein, in dem sich der Beklagte (F 1) zu anderen Leistungen dem Kläger (F 1) gegenüber verpflichtet. Der Kläger (F 1) nimmt vereinbarungswidrig die Klage nicht zurück. Der Beklagte (F 1) klagt vor einem deutschen Gericht (F 2) die Erfüllung der Klagrücknahmevereinbarung ein.

2. Fall - Schiedsabrede:

   Die Parteien haben eine Schiedsabrede getroffen, nach der ein Rechtsstreit aus einem bestimmten Vertragsverhältnis vor einem Schiedsgericht entschieden werden soll, das in Deutschland oder einem dritten Staat seinen Sitz hat oder nehmen wird. Eine der Vertragsparteien hält sich nicht an die Schiedsabrede und klagt vor einem ausländischen Gericht (F 1) aufgrund einer Streitigkeit

aus dem Hauptvertrag. Der Beklagte (F 1) klagt nun seinerseits vor einem deutschen Gericht (F 2) auf Erfüllung der Schiedsabrede und Zurücknahme der Klage in F 1.

3. Fall - Prorogation:

Dieser Fall unterscheidet sich von dem zweiten Fall der Schiedsabrede nur dadurch, daß diese durch die ausschließliche Prorogation eines deutschen Gerichtes oder dessen eines Drittstaates zu ersetzen ist. Unterstellt sei, daß das deutsche Recht oder das des Drittstaates die ausschließliche Prorogation für zulässig erachten, also die Prorogation annehmen.

2.1.2 Problemaufriß

Diese Fälle werfen folgende Fragen auf:

a) Ist die Klage vor den deutschen Gerichten zulässig?
b) Welches Recht ist auf die Vereinbarung anwendbar?
c) Welche Wirkungen entfalten die Vereinbarungen, wenn deutsches Recht anzuwenden ist?
d) Wie ist ein Urteil, das den Beklagten (F 2) zur Rücknahme der Klage in F 1 verpflichtet, durchzusetzen?

2.1.2.1 Die Zulässigkeit der Klage vor einem deutschen Gericht (F 2) gegenüber einem ausländischen Prozeß (F 1)

2.1.2.1.1 Die Zuständigkeit des deutschen Gerichts (F 2) als Zulässigkeitsvoraussetzung

Für die drei obigen sowie die unten noch folgenden Fälle wurde unterstellt, daß der beklagte (F 2) Kläger (F 1) in dem angerufenen deutschen Gericht (F 2) einen Gerichtsstand nach deutschem Recht besitzt. Denn sonst wäre die Klage ohne weiteres wegen internationaler und örtlicher Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts (F 2) abzuweisen. Bejaht das Gericht (F 2) seine örtliche Zuständigkeit, so folgt daraus jedoch nicht notwendig, daß es auch international zuständig ist. Zwar folgt

die internationale Zuständigkeit im allgemeinen der örtlichen Zuständigkeit, jedoch ist die Regelung beider nicht völlig identisch.[1] Einschränkungen der internationalen Zuständigkeit in Abweichung von der örtlichen Zuständigkeit können sich aus dem Völkerrecht oder aus dem deutschen internationalen Zivilprozeßrecht ergeben. Derartige Beschränkungen hängen jedoch, wenn sie überhaupt bestehen, auch von dem Streitgegenstand und der Art der Vollstreckung eines dem Kläger (F 2) günstigen Urteils ab.[2]

2.1.2.1.2 Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage vor einem deutschen Gericht (F 2)

Die Zulässigkeit einer Klage (F 2) ist dann zu verneinen, wenn dem Kläger (F 2) für diese Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Das Rechtsschutzbedürfnis einer Leistungsklage ist dann zu verneinen, wenn der Kläger keinen Leistungstitel braucht, weil er sein Ziel auf wesentlich einfacherem Weg erreichen kann.[3]

Das Rechtsschutzbedürfnis dürfte immer dann gegeben sein, wenn der Kläger (F 2) eine vorbeugende Unterlassungsklage (F 2) gegen den drohenden Hauptprozeß (F 1) erhebt oder eine einstweilige Verfügung beantragt (F 2). Der Kläger will sich in diesem Fall von vornherein nicht, auch nicht a limine litis, zur Erhebung von Prozeßeinreden, auf den Prozeß (F 1) einlassen, obwohl möglicherweise die Erhebung der Prozeßeinrede in F 1 zur Abweisung der Klage (F 1) als unzulässig führen würde. Denn es kann dem Beklagten (F 1) lästig sein, eine prozeßhindernde Einrede zu erheben. Es muß möglicherweise ein Zustellungsbevollmächtigter oder ein bei dem Gericht (F 1) zugelassener

---

1) BGH (GSZ), BGHZ 44, S. 46, a.A.ursprünglich das RG, Nachweise bei Pagenstecher, RabelsZ Bd.11, S.346 f.; zur internationalen prorogierten Zuständigkeit s. Neuner, Int.Zuständigkeit,S.36; Heldrich,Int.Zuständigkeit, S.65 ff.
2) vgl. unten S.139 ff.
3) Thomas-Putzo, ZPO, Vorbem § 253, Anm.III A 1 n, s.auch unten S.134 f.

Rechtsanwalt bestellt werden. Das Rechtsschutzbedürfnis könnte allerdings dann fehlen, wenn der Kläger sich auf den Prozeß, wenn auch a limine litis, eingelassen hat und den mit der Klage (F 2) erstrebten Erfolg einfacher durch die Erhebung einer prozeßhindernden Einrede (F 1) erreichen kann. Dies setzt allerdings voraus, daß der deutsche Richter (F 2) das ihm fremde Prozeßrecht (F 1) auf entsprechende Einreden hin überprüft. Man wird aber wohl nicht mit der Behauptung fehlgehen, daß er in der Regel das Rechtsschutzbedürfnis der Klage bejahen wird, um sich diese Überprüfung zu ersparen.

Zu Recht bejaht er es jedenfalls dann, wenn die Prozeßeinrede (F 1) nicht die ihr in dem Prozeß vor einem deutschen Gericht zukommende Wirkung entfaltet. Dies kann zwei Gründe haben. Selbst wenn sich der Tatbestand und die Rechtsfolge der Prozeßeinrede des ausländischen Rechtes (F 1) im wesentlichen mit der Regelung des deutschen Rechts decken, kann der Richter des Hauptprozesses (F 1) im Gegensatz zum deutschen Richter (F 2) die tatsächlichen Voraussetzungen der Prozeßeinrede als nicht gegeben ansehen. Die Diskrepanz kann andererseits auf einem Rechtsunterschied beruhen, wenn nämlich das ausländische Recht (F 1) dem Beklagten (F 1) kein Gestaltungsrecht gegenüber dem Kläger (F 1) einräumt. Wenn das Gericht (F 1) die Einrede vielmehr wie einen einfachen Antrag zu behandeln hat, über den es nach seinem Ermessen entscheiden kann, ist die Position des Beklagten (F 1) schwächer. Letzteres kann insbesondere bei der Einrede des Schiedsvertrages oder der Prorogation der Fall sein. Die Zulässigkeit und Wirkung dieser beiden Vereinbarungen wird nicht von allen Rechten gleich behandelt. Das italienische Recht beschneidet die Schiedsabrede oder die ausschließliche Prorogation auf ein ausländisches (Schieds-) Gericht stärker als das deutsche Recht.[1)]

---

1) Art. 2 der italienischen ZPO von 1942; hierzu Broggini, AWD 1969, S.93; Minoli, Domke-Festschrift, S. 199. (Forts.S.50).

Der englische Richter hat ein Ermessen, ob er der Einrede der Schiedsabrede oder der Prorogation stattgeben will.[1] In diesen Fällen ist das Rechtsschutzbedürfnis einer Klage vor einem deutschen Gericht (F 2) zur Durchsetzung der Vereinbarungen zu bejahen.

Wer die Konkurrenz von Leistungsklage und Einrede nicht über das Rechtsschutzbedürfnis, sondern die Statthaftigkeit der Leistungsklage bzw. die Klagbarkeit des materiellen Anspruchs löst[2], muß einen Großteil der Erwägungen, die im folgenden angestellt werden, in die Zulässigkeitsprüfung vorziehen[3].

2.1.2.2 Die sachliche Prüfung des materiellen Anspruchs aus einer Vereinbarung über prozessuale Beziehungen

2.1.2.2.1 Die auf die Vereinbarung anzuwendende Kollisionsnorm

Im Rahmen der Sachprüfung ist als erstes zu untersuchen, welches Recht auf die geltend gemachte Anspruchsgrundlage anzuwenden ist. Zu diesem Zweck ist die entsprechende Kollisionsvorschrift des deutschen Rechts zu finden. In Frage kommen die Regeln des internationalen Privat- oder Zivilprozeßrechts. Das anwendbare Recht wird durch die Regeln des internationalen Privatrechts bestimmt, wenn die Anspruchsgrundlage, auf die sich die Klage (F 2) stützt, dem Privatrecht angehört. Das internationale Prozeßrecht löst die Kollision, wenn die Anspruchsgrundlage dem Prozeßrecht zuzuordnen ist.

Forts. v.S. 49; FN 1:
Diese Bestimmung wird verteidigt von Marmo, De conflictu legum, S.324; für die ausschließliche Prorogation s. aber jetzt im Verhältnis zu den anderen EWG-Staaten Art.3 des EWG-Abkommens vom 27.9.1968 über die Zuständigkeit und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen.

1) Lorenz, AcP Bd.157, S.296; Bülow, De conflictu legum, S.91.
2) s.oben S.43.
3) Insbesondere dann, wenn man mit Wieczorek, ZPO-Großkommentar, § 38, Rdnr. B III a, der Ansicht ist, daß das Prozeßverhältnis als solches nicht in Streit gezogen werden könne.

2.1.2.2.1.1 Die Anwendung der Regeln des IPR bei schuldrechtlicher Qualifikation der Vereinbarungen

Die Auffassung, die das Klagrücknahmeversprechen, die Schiedsabrede und die Prorogation als schuldrechtliche Vereinbarungen ansehen, muß die Regeln des internationalen Privatrechts anwenden. Anknüpfungsbegriff[1] der Kollisionsregel, die das auf Schuldverträge anzuwendende Recht bestimmt, ist primär der ausdrückliche oder stillschweigende (reale) Parteiwille.[2] Die Parteien können frei das auf die Vereinbarung anzuwendende Recht bestimmen. Einzige Beschränkung ist der ordre public (Art. 30 EG BGB). Außerdem müssen die Parteien ein, wenn auch noch so geringes, Interesse an ihrer Rechtswahl haben.[3] Haben die Parteien kein bestimmtes Recht vereinbart, so ist sekundär an den hypothetischen Parteiwillen anzuknüpfen.[4] Schiedsabrede und Prorogation werden meist zusammen mit den Hauptverträgen abgeschlossen. Sie bestimmen das Gericht, das die aus diesen Hauptverträgen entstehenden Streitigkeiten schlichten soll. Der BGH[5] nimmt deshalb an, daß der hypothetische Parteiwille im Regelfall dahin gehe, Prorogation oder Schiedsabrede dem Recht zu unterstellen, das auf den Hauptvertrag anzuwenden sei. Ist der hypothetische Parteiwille auf diesem Weg nicht zu bestimmen, so neigt die Rechtsprechung, soweit andere Anhaltspunkte fehlen, dazu, deutsches Recht dann für anwendbar zu halten, wenn die Parteien den Rechtsstreit vor einem deutschen Gericht austragen. Die Tatsache des Prozessierens vor einem deutschen Gericht soll wohl beweisen, daß die Parteien den Streit nach

---

1) hierzu s. Dölle, IPR, S. 48.
2) Kegel, IPR, S. 227.
3) Kegel, a.a.O., und Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art.7, Rdnr. 227 f.
4) Kegel, IPR, S. 229.
5) BGHZ 40, S. 323.

deutschem Recht beurteilt wissen wollen.[1] Die Anknüpfung an den realen oder hypothetischen Parteiwillen führt dazu, daß das gesamte Schuldverhältnis einem einzigen Recht unterstellt wird.

Sollte aber auch der hypothetische Parteiwille als Anknüpfungsbegriff versagen, dann ist als dritter und letzter Anknüpfungsbegriff der Erfüllungsort der eingeklagten Leistung zu ermitteln.[2] Wird an den Erfüllungsort angeknüpft, dann ist zwischen Verpflichtung zur Vornahme einer Prozeßhandlung und dem Unterlassen zu unterscheiden. Besteht die Verpflichtung darin, die Klage (F 1) zurückzunehmen, dann ist Erfüllungsort F 1. Für die Unterlassungsverpflichtung wird im allgemeinen auf den Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort abgehoben.[3]

An dem Ergebnis dieser vorläufigen kollisionsrechtlichen Überprüfung nach den Regeln des IPR ändert sich nichts, wenn man annimmt, Prorogation und Schiedsabrede seien privatrechtliche Verträge über prozessuale Beziehungen.[4] Konsequenz dieser Auffassung ist, daß der Tatbestand der Vereinbarungen auf jeden Fall den Kollisionsregeln des Schuldrechts unterliegt. Weitere Konsequenz ist, daß die verfügende (unmittelbare) Wirkung, die sich nach den obigen Darlegungen als prozessuales Gestaltungsrecht definieren läßt, dem Prozeßrecht und damit den Kollisionsregeln des internationalen Zivilprozeßrechts unterfällt. Wie aber die Auffassung des BGH[5] zum Schiedsvertrag zeigt, schließt

---

1) Ein hieb- und stichfester Beweis ist für diese Behauptung nicht beizubringen. Doch weist die Tatsache darauf hin, daß umgekehrt der hypothetische Parteiwille für das Recht, das auf das im Streit befindliche Rechtsverhältnis anzuwenden ist, danach ermittelt wird, ob die Parteien die Zuständigkeit des Gerichts eines bestimmten Staates vereinbart haben, Kegel, IPR, S.226.
2) Kegel, IPR, S. 231.
3) § 269 BGB entspr.; RGZ 90, S. 162 (165).
4) s. oben S. 13, 17.
5) s. oben S. 14 FN 3 u. S. 13 FN 1.

diese unterschiedliche Teilqualifikation, die zu einer besonderen Anknüpfung der verfügenden Wirkung führt, nicht aus, daß die Vereinbarung subsidiär auch verpflichtet. Wie diese verpflichtende Wirkung innerhalb des Kollisionsrechts zu qualifizieren ist, wurde, soweit ersichtlich, bisher nicht entschieden. Es darf jedoch angenommen werden, daß die Rechtsprechung insoweit der herrschenden Lehre folgt, und die subsidiäre Verpflichtungswirkung auch für das Kollisionsrecht schuldrechtlich qualifizieren würde.

Im Ergebnis wären Vereinbarungen über im Ausland belegene prozessuale Beziehungen (F 1) nach der Auffassung, die sie privatrechtlich qualifizieren, in einem deutschen Gericht (F 2) durchsetzbar, wenn

a) aufgrund des realen oder hypothetischen Parteiwillens deutsches Recht anzuwenden ist, und die Vereinbarung nach deutschem Recht verpflichtend wirkt, oder
b) auf die Vereinbarung ausländisches Recht anzuwenden ist, und dieses Recht die Vereinbarung ebenfalls mit verpflichtender Wirkung ausstattet.

Die zweite Alternative kann im folgenden außer acht gelassen werden, da in diesem Zusammenhang nur deutsches Recht behandelt wird.

2.1.2.2.1.2 Die Anwendung der lex fori bei prozeßrechtlicher Qualifikation

Sind die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen dem Prozeßrecht zuzuordnen, so kommen als Kollisionsvorschriften die Regeln des internationalen Zivilprozeßrechts zum Zug. Häufig[1] wird für das internationale Zivilprozeßrecht als Kollisionsregel der Satz angenommen, daß ein deutsches Gericht nur deutsches Prozeßrecht anwende. Anknüpfungsbegriff sei das heimische

1) Schiedermair, Vereinbarungen, S. 164; Rosenberg, ZPR, 9. Aufl. S.24; Zöller-Degenhart, ZPO, Einl.VII; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundz § 128, Anm.5 D; differenzierend u. richtig allerdings St-J-Pohle, ZPO, Einl. M I 2 d, N I 2.

forum (das sogenannte Prozeßstatut).

Im Ergebnis wäre also auf die Vereinbarungen als Anspruchsgrundlagen in F 2 deutsches Recht anzuwenden. Der Klage wäre stattzugeben, wenn das deutsche Prozeßrecht den Vereinbarungen verpflichtende Wirkung beilegt.

2.1.2.2.2 Die Abhängigkeit der Lösung von der verpflichtenden Wirkung der Vereinbarung

Das Klagrücknahmeversprechen entfaltet nach herrschender Ansicht[1] verpflichtende Wirkung. Nur der auf diese Wirkung gestützten Leistungsklage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, solange die exceptio doli processualis durchgreift. Für die Fälle, in denen das Rechtsschutzbedürfnis bejaht wurde[2], ist der Klage (F 2) Erfolg beschieden. Der beklagte (F 2) Kläger (F 1) ist zur Rücknahme seiner Klage (F 1) zu verurteilen. Dasselbe gilt für die Schiedsabrede, soweit ihr subsidiär eine verpflichtende Wirkung zugesprochen wird.[3] Abweisen müßten hingegen die Klage (F 2) diejenigen Vertreter des Schrifttums[4], die nur eine verfügende Wirkung von Klagrücknahmeversprechen und Schiedsabrede zulassen, also die Mehrzahl der Vertreter der prozessualen Theorie. Schiedermair[5], der die verpflichtende Wirkung der prozessualen Vereinbarung ablehnt, müßte sich an dieser Stelle allerdings entscheiden, ob ein Bedürfnis für die verpflichtende Wirkung der Vereinbarung zu bejahen wäre. Wenn ja, müßte er auf die Regeln des internationalen Privatrechts zurückgreifen und erneut das anzuwendende Recht nach der entsprechenden Anknüpfung

---

1) s. oben S. 9 f.
2) s. oben S. 48 f.
3) s. oben S. 14.
4) s. oben S. 11 FN 5, 6 u. S. 15 FN 5.
5) s. oben S. 21 .

(realer oder hypothetischer Parteiwille, Erfüllungsort) ermitteln. Wenn in diesem Fall auf deutsches Recht verwiesen ist, dann entfaltete die Vereinbarung als Vereinbarung des Privatrechts verpflichtende Wirkung. Die Klage (F 2) wäre erfolgreich.

Die Prorogation verpflichtet nach herrschender Meinung[1] nicht, unabhängig davon, welcher Auffassung von der Rechtsnatur die einzelnen Stimmen folgen. Die Klage (F 2) im dritten Fall müßte also auf jeden Fall abgewiesen werden. Nur H.J. Hellwig[2], der die Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung der Prorogation bejaht, könnte unbedenklich auf einen Erfüllungsanspruch zurückgreifen und der Klage auf Unterlassung bzw. Rücknahme (F 2) stattgeben. Schiedermair[3] müßte wohl auch hier das Bedürfnis einer verpflichtenden Wirkung prüfen, im positiven Fall privatrechtlich qualifizieren und möglicherweise der Klage stattgeben.

2.1.2.3 Die Vollstreckung eines stattgebenden Urteils

Das auf Unterlassung der Klage (F 1) gerichtete Urteil (F 2) zeigt keine Besonderheiten. Die Unterlassung ist im Fall des Zuwiderhandelns durch Beugestrafe zu erzwingen (§ 890 ZPO). Die Vollstreckung eines Titels (F 2), der zur Rücknahme der Klage (F 1) verurteilt, ist für die Fälle ohne internationalen Bezug, in denen also der Hauptprozeß (F 1) ebenfalls in Deutschland stattfindet, umstritten. Vielfach wird die Möglichkeit einer Vollstreckung nach § 894 ZPO abgelehnt und der Gläubiger auf § 888 ZPO verwiesen.[4] Die Rücknahme müßte demnach ebenfalls über eine Beugestrafe erzwungen

---

1) s. oben S. 18 f.
2) s. oben S. 19 FN 3.
3) s. oben S. 20 FN 5.
4) Seuffert, ZPO, § 271, Anm. 7; Förster-Kann, ZPO, § 271, Anm. 4a; a.A. Thomas-Putzo, ZPO, § 894, Anm. 2 b; St-J-Schumann/Leipold, ZPO, § 271, Anm. I 3 FN 9.

werden. Der Streit ist müßig, soweit die Verpflichtung zur Rücknahme einer Klage in einem ausländischen Hauptprozeß (F 1) besteht. Eine Vollstreckung nach § 894 ZPO ist unzulässig[1] und unmöglich, wenn das ausländische Gericht (F 1) das deutsche Urteil nicht anerkennt. Erkennt es (F 1) jedoch das deutsche Urteil (F 2) an, so wird doch (F 1) nach dortigem Recht (F 1) vollstreckt. Muß im Fall der Nichtanerkennung jedoch in Deutschland vollstreckt werden, so bleibt allein der Weg des § 888 Abs. 1 ZPO.[2]

2.2 Fälle der Haftung bei Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel

Vollstreckung im Ausland:

> Eine Partei hat einen vorläufig vollstreckbaren Titel oder eine einstweilige Anordnung im Ausland erstritten. Aus diesem Titel wird im Ausland (F 1) vollstreckt. Voraussetzung der Vollstreckung sei die Zustellung des Titels an den Schuldner. Zugestellt wird er dem Schuldner in Deutschland. Durch die Vollstreckung des Titels bzw. den Vollzug der Verfügung entsteht dem Schuldner bzw. Antragsgegner (F 1) ein Schaden. Der vorläufige Titel wird auf Rekurs des Schuldners bzw. Antragsgegners aufgehoben (F 1). Der Schuldner bzw. Antragsgegner (F 1) klagt nun gegen den Gläubiger bzw. Antragsteller (F 1) nach § 717 Abs. 2 oder den entsprechenden Vorschriften der ZPO vor einem deutschen Gericht auf Schadensersatz (F 2).

Ähnlich liegt der Fall, wenn dem Gläubiger für ein vorläufig vollstreckbares deutsches Urteil im Ausland Exequatur erteilt wird, und der Gläubiger es dort vollstreckt (F 1).

Der Schadensersatzanspruch richtet sich auf die Wiederherstellung der Lage, die ohne die Vollstreckung

---

1) s. unten Seite 139 ; unerheblich ist, daß nach § 894 ZPO die Abgabe der Willenserklärung, zu der verurteilt wurde, fingiert wird. Der Sache nach handelt es sich um eine Gestaltung.
2) vgl. auch Reu, ZAkDR 1938, S. 733.

bestanden hätte (§ 249 BGB). Ist aber die Wiederherstellung nicht mehr möglich oder dem beklagten (F 2) Gläubiger (F 1) nicht zuzumuten, dann tritt an die Stelle der Wiederherstellung Wertersatz (§ 251 BGB).

Bei dieser Fallgestaltung stellt sich derselbe Katalog an Fragen, die oben[1] schon erörtert wurden. Im Mittelpunkt steht jedoch hier ebenso das Problem, ob das deutsche Recht, und in seinem Rahmen die mit der Klage (F 2) angezogenen Vorschriften anzuwenden sind.

Wird die Anspruchsgrundlage dem Privatrecht zugeordnet, dann wird man den Schadensersatzanspruch aus dieser Gefährdungshaftung als deliktisch im weiteren Sinne ansehen.[2] Er unterliegt daher den Kollisionsregeln für unerlaubte Handlungen. Diese besagen, daß der geschädigte Kläger (F 2) die Wahl zwischen dem Recht des Erfolgs- und Handlungsortes hat.[3] Handlungsort ist überall, wo ein Glied der Ursachenkette verwirklicht wird, die den schädigenden Erfolg auslöst. Dies ist jedenfalls die herrschende Auffassung.[4] Die Zustellung eines Titels in Deutschland zum Zweck der Vollstreckung im Ausland dürfte nach dieser Ansicht sicher ein Teil der Ursachenkette sein, die die unerlaubte Handlung als Ganzes dem deutschen Recht unterstellt.[5] Der Kläger ist in der Lage, sich auf die angezogenen Vorschriften zu berufen.[6]

Das Rechtsschutzbedürfnis der Klage kann nur verneint werden, wenn der Kläger (F 2) den von ihm begehrten Schadensersatz in einem einfacheren und billigeren

---

1) S. 47.
2) Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 12 f., 111.
3) BGH, NJW 1964, S. 2012.
4) s. Palandt-Lauterbach, EGBGB, Art.12, Anm.2.
5) vgl. auch unten S.63.
6) Dem steht die Entscheidung des OLG Hamburg, HansGZ 1935, B 584 nicht entgegen. Sie dürfte nur auf Fälle zutreffen, in denen die Gefährdung von einer Sache ausgeht.

Verfahren am Vollstreckungsort (F 1) zugesprochen erhalten kann, und wenn dieser Titel dort auch tatsächlich vollstreckbar ist. Es wird jedoch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger (F 2) verabsäumt hat, rechtzeitig einen Behelf gegen die Vollstreckung (F 1) geltend zu machen, der ihm nach dem Recht des Vollstreckungsstaates zugestanden und den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Diese Säumnis ist nur im Rahmen der Obliegenheit zur Schadensverhütung oder Schadensminderung nach § 254 BGB zu berücksichtigen.[1] Denn das Rechtsschutzbedürfnis löst nur die Konkurrenz zweier Durchsetzungsbehelfe, nicht jedoch das Verhältnis des zeitlich nachfolgenden Ersatzanspruchs zu dem vorangehenden prozessualen Gestaltungsrecht. Gleichwohl wird man in dem Fall, wo das Rechtsschutzbedürfnis einer gleichzeitig gedachten Unterlassungsklage (F 2) zu verneinen gewesen wäre, erwägen müssen, ob nicht aufgrund des § 254 BGB ein Schadensersatzanspruch überhaupt entfällt.

Qualifiziert man den Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO prozeßrechtlich und wendet das Prozeßstatut (lex fori-Regel) an, so kommt ebenfalls § 717 Abs. 2 ZPO zum Zug. Das Ergebnis ist dasselbe wie oben. Fraglich könnte in diesem Zusammenhang nur sein, ob § 254 BGB auch gegenüber einem prozeßrechtlichen Schadensersatzanspruch anzuwenden ist. Dies ist zu bejahen. Man kann die Vorschrift entweder als Ausdruck eines über das bürgerliche Recht hinausgreifenden Rechtsgedanken ansehen, der unmittelbar auch in anderen Rechtsgebieten gilt. Oder man rezipiert diese Vorschrift vom bürgerlichen Recht in das Prozeßrecht für dort geregelte Schadensersatzansprüche.[2]

Prozeßrechtliche oder privat- bzw. materiellrechtliche Qualifikation haben in diesem Zusammenhang prima facie

---

1) Staudinger-Werner, BGB, § 254, Rdnr. 59.
2) zu dieser Rezeption von bürgerlichem Recht zu Prozeßrecht s. Nikisch, ZPR, S.221; St-J-Pohle, ZPO, Einl M I 2c.

keine Bedeutung für die Fälle mit internationalem Bezug. Dies täuscht jedoch. Denn, wenn der ausländische Titel (F 1) nicht in Deutschland zugestellt worden wäre, müßte sich der deutsche Richter (F 2) überlegen, ob er prozessual qualifizierend dennoch deutsches Recht anwenden wollte.

Von größter praktischer Bedeutung ist eine andere Fallgruppe, in der ein ausländisches vorläufig vollstreckbares Urteil in Deutschland vollstreckt wird. Die Vollstreckung beschränkt sich, jedenfalls unter den geltenden Vollstreckungsabkommen[1], auf Sicherungsmaßnahmen. Jedoch auch Sicherungsmaßnahmen können einen Schaden verursachen. Die Verfügungsfreiheit des Schuldners über die vollstreckten Gegenstände wird eingeengt. Möglicherweise muß er Aufwendungen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung machen.

Das Urteil, das das ausländische vorläufig vollstreckbare Urteil für in Deutschland vollstreckbar erklärt (§§ 722, 723 ZPO), ist seinerseits bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft vorläufig vollstreckbar (§§ 708 ff. ZPO). Solange die Sicherungsvollstreckung nur auf dieses vorläufig vollstreckbare Exequatur gestützt ist, gelten keine Besonderheiten. Wird der deutsche Titel aufgehoben, so ist § 717 Abs. 2 ZPO unmittelbar anzuwenden. Denn die schadensstiftende Vollstreckung

---

1) z.B. Art.10 des deutsch-österreichischen Vollstrekkungsabkommens v. 6.6.1959 (BGBl. 1960 II S.1246); vgl. jetzt auch Artt. 38, 39 des EWG-Abkommens vom 27.9.1968 (s. oben S. 49 FN); Weiter geht allerdings der Modellentwurf eines Abkommens zur Vollstreckung ausländischer Urteile. Nach diesem Entwurf sollen auch Anerkennung und unbegrenzte Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils ermöglicht werden. Die Haftung für eine ungerechtfertigte Vollstreckung wird jedoch ausgeklammert. Kritisch hierzu Beitzke, Nipperdey-Festschrift, Bd.1, S.861; ebenfalls ohne Einschränkung und ohne Haftungsregelung ist das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (BGBl.1961 II S.1005 ff., in Kraft seit dem 1.1.1962; BGBl. II, S.15) Art. 2 Zf. 3 .

fand in Deutschland aufgrund eines deutschen Titels statt. Schwieriger ist die Lösung dann, wenn das deutsche Exequatur rechtskräftig geworden ist, der ausländische vorläufig vollstreckbare Titel später jedoch wegfällt. Zweifellos sind auch dann die Vollstreckungsmaßnahmen wieder aufzuheben. Doch bleibt offen, ob der Schuldner nach § 717 Abs. 2 ZPO Schadensersatz fordern kann, nachdem sich ja die Sicherungsvollstreckung unmittelbar auf das deutsche rechtskräftige Exequatur gründet. Die Interessenlage unterscheidet sich jedoch nicht von der im Falle eines nur vorläufig vollstreckbaren Exequatur. Die Rechtfertigung der Zwangsvollstreckung ist nicht nur in dem formalen Titel des Exequatur, sondern in beiden Titeln, dem deutschen und ausländischen zusammen, zu suchen. § 717 Abs. 2 ZPO ist deshalb zumindest analog anzuwenden,[1)] wenn auch nur der ausländische Titel endgültig entfällt.

Wird der Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO als Anspruch des materiellen Rechts qualifiziert, so kommen die Kollisionsregeln für unerlaubte Handlungen zur Anwendung. Der Schuldner hat die Wahl, ob er § 717 Abs. 2 ZPO oder eine entsprechende Anspruchsgrundlage des ausländischen Rechts zur Begründung heranziehen will, so diese vorhanden ist. Wird § 717 Abs. 2 ZPO prozeßrechtlich qualifiziert, so ist nach der lex fori-Regel allein deutsches Recht anzuwenden.

2.3 Fälle der deliktischen Haftung

2.3.1 Der Fall der lettischen Scheidung - § 826 BGB

Zur Demonstration eines Anspruchs aus § 826 BGB können

---

1) Ausdrücklich für anwendbar erklärt ist die Vorschrift in § 8 AusfG zum deutsch-österreichischen Vollstreckungsabkommen v. 8.3.1960 (BGBl.I,S.169). Nicht erwähnt ist sie in dem AusfG (BGBl.1961 I,S.1033) zum Haager Übereinkommen über Unterhaltsentscheidungen. Zweifelhaft St-J-Münzberg, ZPO, Anh § 723 A II, FN 43, wo nicht klar zum Ausdruck kommt, ob Ansprüche nach § 717 Abs. 2,3 ZPO überhaupt ausgeschlossen sein sollen.

wir den Boden der hypothetischen Fallgestaltungen verlassen und uns einem wirklichen Fall zuwenden. Es handelt sich um den Fall der lettischen Scheidung, den das Reichsgericht[1] entschieden hat. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

> Die Parteien waren deutsche Staatsangehörige. Sie hatten 1908 in Deutschland die Ehe geschlossen. 1926 begann der Ehemann ein Verhältnis mit einer anderen Frau. 1927 klagte er erfolglos gegen seine Frau auf Scheidung. Diese wiederum klagte gegen ihn 1933 auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft.
>
> 1935 klagte der Ehemann wiederum auf Scheidung, diesmal jedoch vor dem Bezirksgericht in Riga (Lettland) (F 1). Das Bezirksgericht wies die Klage wegen Unzuständigkeit ab. Das lettische Appellationsgericht bejahte jedoch die Zuständigkeit und gab dem Bezirksgericht die Sachentscheidung auf.
>
> Mittlerweile hatte die Ehefrau in Deutschland Klage (F 2) auf Rücknahme der lettischen Scheidungsklage (F 1) sowie auf Ersatz des finanziellen Schadens (Prozeß- und Rechtsanwaltskosten[2]) erhoben. Über diese Klage hatte das Reichsgericht in Revision zu entscheiden.
>
> Im lettischen Verfahren (F 1) hatte die Ehefrau gegen die Entscheidung des lettischen Appellationsgerichts Kassationsbeschwerde zu dem obersten lettischen Gerichtshof erhoben. Der Ausgang des Verfahrens in Lettland (F 1) ist, soweit ersichtlich, in Deutschland nicht bekannt geworden.

Zur Erläuterung dieses Sachverhalts muß erwähnt werden, daß das lettische Recht in doppelter Hinsicht das Wohnsitzprinzip kennt. Lettische Gerichte haben, wie auch in anderen Rechten üblich,[3] die Kompetenz zur Scheidung der Ehe eines Partners, der seinen Wohnsitz in Lettland besitzt.[4] Der Wohnsitz konnte in

---

1) s. oben S. 1 FN 1.
2) In einem ähnlichen Fall hatte die klagende Partei (F 2) mit Verlust Aktien verkauft, um ihre Verteidigung vor dem lettischen Gericht (F 1) zu finanzieren; s. OLG Königsberg, ZfStandesamtswesen 1937, S. 261.
3) s. unten S. 163 f.
4) s. den Max-Reinhardt-Fall, entschieden vom Lettl.Senat, JW 1932, S. 3844 m. Anm.v.Frankenstein.

Lettland nach lettischem Recht unabhängig davon begründet werden, welche Motive der Wohnsitznahme zugrunde lagen.[1] Darüber hinaus wandten die lettischen Gerichte in einem derartigen Scheidungsprozeß nur das eigene materielle Scheidungsrecht an.[2]

In vielen Fällen versuchten nun deutsche Staatsangehörige, dem strengeren deutschen Scheidungsrecht zu entgehen, indem sie sich durch Täuschung der lettischen Gerichte einen lettischen Wohnsitz erschlichen.[3] Um einen derartigen Fall handelt es sich jedoch hier nicht. Denn das Reichsgericht ging ausdrücklich davon aus, daß der Ehemann nach lettischem Recht einen Wohnsitz in Lettland erworben habe. Gleichwohl hielt es die Verurteilung des Ehemanns in der Vorinstanz aufrecht. Es sah in dessen Vorgehen eine unerlaubte Handlung nach § 826 BGB. Nach dem Reichsgericht sollte es sittenwidrig sein, daß sich der Ehemann als deutscher Staatsangehöriger, verheiratet mit einer deutschen Staatsangehörigen, dem deutschen Scheidungsrecht entzogen hatte. Den Schaden sah es neben den finanziellen Einbußen zur Führung des lettischen Scheidungsprozesses darin, daß ein lettisches Scheidungsurteil womöglich außerhalb Deutschlands anerkannt würde, was durch die Versagung der Anerkennung dieser Scheidung in Deutschland im Verfahren nach § 328 ZPO nicht verhindert werden könne.[5] Diese Entscheidung

---

1) Kegel, IPR, S. 175 f.; Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art.7 Rdnr.64; s. auch Maßfeller, Anm. zu KG, JW 1937,S.1977; umfassend zur Wohnsitzbegründung Möslang, Wohnsitz,S.31.

2) hierzu ausführlich Reu, ZAkDR 1938, S. 731 ff. mit Hinweis auf Art. 63 des Lettl.Ehegesetzes von 1921; allgemeinkritisch zu dieser Regel Batiffol, De conflictu legum, S.66; vgl. andererseits Francescakis, Journal de droit international 1965, S. 36 ff.

3) hierauf stellte das OLG Königsberg (s. oben S.61 FN2) ab, kritisch dagegen Reu, a.a.O.

4) nach Möslang, Wohnsitz, S.31 ist nach deutschem Recht auch ein Wohnsitzwechsel mit dem Motiv der Scheidungserleichterung fraudulös und als Umgehung zu behandeln; ebenso Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art.7, Rdnr.64 .

5) auch einverständlichen Scheidungen in Lettland wurde in Deutschland gem. § 328 Abs.1 Zf.4 ZPO die Anerkennung versagt, KG, JW 1937, S.1977.

ist, soweit ersichtlich, nicht auf Ablehnung gestoßen.[1] In ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich, nämlich in Scheidungsfällen, hat sie jedoch keine Nachfolger gehabt, da kurz darauf das deutsche materielle Scheidungsrecht geändert wurde und Erleichterungen brachte.[2]

Die Anwendung des deutschen Rechts rechtfertigte das Reichsgericht damit, daß die Ladung zu dem lettischen Rechtsstreit der Ehefrau in Deutschland zugestellt worden war. Demnach könne sich die Ehefrau nach den Regeln des internationalen Privatrechts auf das deutsche Recht der unerlaubten Handlung, also auf § 826 BGB berufen.

Die Reichsgerichtsentscheidung betrifft einen Fall, in dem die unerlaubte Handlung in der Einleitung eines ausländischen Verfahrens (F 1) bestand. Von dieser Fallgestaltung müssen diejenigen Fälle unterschieden werden, bei denen die Einleitung des ausländischen Verfahrens als solche keine unerlaubte Handlung darstellt, diese vielmehr in einem bestimmten Verhalten innerhalb des ausländischen Prozesses besteht. Verletzt können unter dieser Voraussetzung entweder der Kläger oder der Beklagte des ausländischen Prozesses (F 1) sein.

2.3.2 Haftung nach § 823 BGB

Werden Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegenüber prozessualem Verhalten über § 826 BGB hinaus bejaht[3], so ist im deutschen Recht auf § 823 BGB zurückzugreifen. Voraussetzung der Anwendung deutschen Rechts ist, wie sich aus dem lettischen Scheidungsfall ergibt, daß ein Teilakt der schadensverursachenden Handlung oder aber der Erfolg[4] in Deutschland belegen sind.

---

1) Riezler, IZPR, S.338 ff.; Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art.7, Rdnr.66; Dölle, IPR, S.66.
2) EheG v. 6.7.1938 (RGBl. S.807).
3) s. oben S.31 ff.
4) vgl. hierzu auch BGHZ 14, S.286.

Da jedoch die Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter nach dieser Auffassung[1] die Rechtswidrigkeit des prozessualen Verhaltens im ausländischen Prozeß (F 1) ebenso wenig indizieren kann wie die des Verhaltens in einem inländischen Verfahren, ist nach besonderen Verhaltenspflichten zu forschen, die ein Urteil über die Rechtswidrigkeit erlauben. Man muß sich dann jedoch fragen, ob die Rechtswidrigkeit des prozessualen Verhaltens nicht gesondert anzuknüpfen ist, so daß möglicherweise das Recht des Ortes des ausländischen Prozesses (F 1) insoweit zum Zuge käme. Die Sonderanknüpfung der Rechtswidrigkeit im Rahmen des Deliktsrechts wird in Deutschland jedoch im allgemeinen[2] abgelehnt. Die Sonderanknüpfung der Rechtswidrigkeit des prozessualen Verhaltens nach dem Recht von F 1 entzöge auch dem Anspruch nach § 823 BGB im Regelfall die Existenzberechtigung. Derjenige, der sich durch das prozessuale Verhalten des Gegners in F 1 verletzt fühlt, wird sich nur dann auf das deutsche Recht berufen, wenn dies den Pflichtenkreis weiter zieht als das ausländische Recht. Stellt das ausländische Recht höhere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des prozessualen Verhaltens, oder dekken sich die Pflichtenkreise des deutschen und ausländischen Rechts, behielte der Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht nur Bedeutung für den Umfang des Schadensersatzes. Allenfalls bliebe noch das Interesse an einem deutschen Gerichtsstand nach § 32 ZPO.

Zu beachten ist, daß die Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger außerhalb des Reichsgebiets[3] für den Fall in Betracht zu ziehen ist, daß beide Parteien deutsche Staatsangehörige sind.

---

1) s. oben S. 32 FN 3.
2) Palandt-Lauterbach, EGBGB, Art.12, Anm.3 (dt.Recht entscheidet, ob überhaupt eine unerl. Handlung vorliegt); Kegel, IPR, S.245 (mit der Einschränkung für Schutzgesetze, die die Gefährdung miteinbeziehen)
3) v. 7.12.1942 (RGBl. S.706).

Unter den Voraussetzungen der Verordnung ist deutsches Recht anzuwenden, auch wenn die unerlaubte Handlung nach der schon großzügigen Auffassung der Rechtsprechung nicht nach Deutschland hineinreicht. Ob diese international unerwünschte Kollisionsregel, die auch im Bereich der unerlaubten Handlung an die Staatsangehörigkeit anknüpft, weiter gilt, ist allerdings umstritten.[1)]

Diejenigen[2)], die die prozessualen Verhaltenspflichten im Prozeßrechtsverhältnis begründet sehen und die korrespondierenden Ansprüche ebenfalls dem Prozeßrechtsverhältnis entnehmen, unterstellen bei konsequenter Anwendung der lexi fori-Regel den Streit um die Verletzungshandlung ebenfalls dem deutschen Recht.

Bei schuldlos rechtswidrigem Handeln müßten wohl beide Auffassungen einen Unterlassungsanspruch bejahen. Hopt's[3)] Argument, der der Zuständigkeitsregelung spezielle Geltung gegenüber einem Unterlassungsanspruch einräumt, greift im Fall eines ausländischen Prozesses (F 1) nicht durch. Denn das deutsche Gericht ist allenfalls an die Zuständigkeitsverteilung des deutschen Rechts für deutsche Gerichte gebunden. Die Zuständigkeitsregelung des ausländischen Rechts hat es nicht zu beachten (§ 328 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO).

2.4 Kritik

2.4.1 Die Diskrepanz der Behandlung von Prorogation und Schiedsabrede

Unter der Voraussetzung, daß deutsches Recht anzuwenden ist, kann nach herrschender Meinung die Abrede

---

1) Palandt-Lauterbach, EGBGB, Anh zu Art.12, Vorbem. (bejahend); Beitzke, JuS 1966, S.144 ff. (ablehnend)
2) s. oben S.34 FN 1,2.
3) s. oben S.33 FN 3.

eines Schiedgerichts mit Sitz in Deutschland mittelbar über einen materiellen Anspruch durchgesetzt werden, nicht jedoch die Prorogation.[1] Der Grund liegt nicht in der unterschiedlichen Qualifikation beider Vereinbarungen, sondern in der unterschiedlichen Ausstattung nach Wirkungen. Dieses Ergebnis ist nicht zu rechtfertigen.

Zwar wird gelegentlich versucht, der unterschiedlichen Behandlung von Schiedsabrede und Prorogation einen Sinn abzugewinnen. Es heißt[2], die Prorogation erzeuge keine echte Unterlassenspflicht, weil das durch die Prorogation ausgeschlossene Gericht an sich zuständig sei.[3] Außerdem wird die Meinung vertreten[4], die Abrede eines Schiedsgerichts im Inland, sowie dessen Spruch unterlägen der staatlichen Kontrolle, die ausschließliche Prorogation eines ausländischen Gerichts bedeute hingegen einen vollständigen Verzicht auf inländischen Rechtsschutz.

Die erste Begründung geht stillschweigend davon aus, daß die durch die Schiedsabrede ausgeschlossenen staatlichen Gerichte an sich nicht oder nicht mehr zuständig seien. Im Hintergrund dieser Auffassung steht, daß die Autorität der staatlichen Gerichtsbarkeit und die der Schiedsgerichtsbarkeit aus zwei völlig verschiedenen Quellen fließen. Dieser Auffassung kommt gleich, wenn die vor dem Schiedsgericht geltend zu machende Forderung als unklagbar angesehen wird, weil sie vor dem staatlichen Gericht nicht eingeklagt werden dürfe.[5] Beide Auffassungen sind abzulehnen. Auch die Schiedsgerichte leiten ihre Rechtsprechungsgewalt von der staatlichen Gemeinschaft ab.[6] Diese läßt die Schieds-

---

1) s. oben S. 54.
2) Lorenz, AcP Bd.157, S. 281.
3) Dieses Argument führte schon in der gemeinrechtlichen Doktrin zu einem lebhaften Streit, s. Deybeck, Gerichtsstandsvereinbarungen, S. 33 f.
4) Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S. 78 f.
5) Neuner, Privat- und Prozeßrecht, S.109; s. auch oben S.
6) Guldener, IZPR, S.108; Mann, Zeitschrift für das gesamt Handelsrecht u. Wirtschaftsrecht, Bd. 130, S.101.

gerichtsbarkeit in größerem oder geringerem Ausmaß als Ersatz neben der staatlichen Gerichtsbarkeit zu. Übernationale Schiedsgerichte, also solche, die ihre Rechtsprechungsgewalt von der internationalen Gemeinschaft und nicht von der staatlichen Gemeinschaft ableiten, gibt es für Streitigkeiten unter Privaten (noch) nicht.[1] Die bekämpfte Auffassung widerspricht darüber hinaus der Regelung der deutschen Zivilprozeßordnung. Die Tätigkeit der Schiedsgerichte mit Sitz in Deutschland steht unter Kontrolle des staatlichen Gesetzgebers und der staatlichen Gerichte. Die staatlichen Gerichte sind neben den Schiedsgerichten darüber hinaus kraft positiver Regelung an sich zuständig. Nach § 274 ZPO werden die Einrede der Prorogation (Abs. 2 Ziff. 1) und die Einrede der Schiedsabrede (Abs. 2 Ziff. 3) gleich behandelt. Beide Male bleibt bzw. wird das angerufene Gericht zuständig, wenn die Einrede nicht oder nicht rechtzeitig erhoben wird (Abs. 3).

An der zweiten Begründung ist richtig, daß das ausländische Gerichtsverfahren einer geringeren Kontrolle der inländischen staatlichen Gerichte unterworfen ist als das inländische Schiedsverfahren. Dies könnte jedoch ganz im Gegensatz zur herrschenden Meinung nur dazu führen, daß die Prorogation subsidiär mit verpflichtender Wirkung ausgestattet wird, während für die Schiedsabrede verfügende Wirkung ausreichen müßte.[2] Dies hieße allerdings, die Argumentation in die entgegengesetzte Richtung zu überspitzen. Denn zumindest das ausländische Urteil und der inländische Schiedsspruch unterstehen einer doch im wesentlichen gleichartigen Kontrolle durch die inländischen staat-

---

1) Habscheid, NJW 1962, S. 7.
2) Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S. 78 f. geht selbstverständlich nicht so weit. Er leugnet von seinem Ansatz aus konsequent eine verpflichtende Wirkung sowohl der Prorogation wie der Schiedsabrede, s. oben S.15 FN 4, 19 FN 1.

lichen Gerichte. Ein Vergleich von § 328 und den §§ 1041, 1042 ZPO bezeugt dies.

Der Haupteinwand gegen beide Begründungen zielt jedoch dahin, daß entweder nur Prorogation und Schiedsabrede ohne internationalen Bezug, oder aber die Prorogation eines ausländischen Gerichtes und die Abrede eines inländischen Schiedsgerichtes verglichen werden. Zu vergleichen sind jedoch die Prorogation eines ausländischen staatlichen Gerichts und die Abrede eines ausländischen Schiedsgerichts bzw. die Prorogation eines inländischen Gerichts und die Abrede eines inländischen Schiedsgerichts unter internationalrechtlichen Aspekten.[1] Für das deutsche Recht stehen die ausländischen staatlichen Gerichte und die ausländischen Schiedsgerichte im Prinzip auf derselben Stufe (§ 328 ZPO einerseits, § 1044 ZPO andererseits).[2] Das deutsche Recht nimmt keine Rücksicht darauf, in welches Verhältnis die Rechte anderer Staaten ihre eigene staatliche Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit setzen.[3] Es wäre demnach unverständlich, wenn ein deutsches Gericht mittels eines materiellen Anspruchs die Abrede auf das Schiedsgericht mit Sitz in einem Drittstaat durchsetzen müßte, die Prorogation des staatlichen Gerichts eines Drittstaates aber nicht durchsetzen dürfte. Noch unverständlicher wäre es, wenn ein inländisches Gericht gezwungen sein sollte, die Zuständigkeit eines inländischen Schiedsgerichtes zu schützen, diesen Schutz aber einem prorogierten inländischen staatlichen Gericht zu versagen.

Schiedsabrede und Prorogation müssen deshalb konsequenterweise im deutschen Recht, was die Wirkungen

---

1) a.A. Neuner, Int.Zuständigkeit, S. 38.
2) Broggini, AWD 1969, S.95.
3) Dies ist die Konsequenz der Auffassung, daß die Schiedsgerichtsbarkeit ebenfalls ein Ausfluß der staatlichen Gerichtshoheit ist, s. oben S.66 a.E.

angeht, gleich behandelt werden.[1] Entweder entfalten beide subsidiär verpflichtende Wirkung, oder beide beschränken sich auf verfügende Wirkung.

2.4.2 Bedenken gegen die schuldrechtliche Qualifikation der Anspruchsgrundlagen

2.4.2.1 Problematik der Anwendung des Statuts der schuldrechtlichen Verträge

Die privatrechtliche Qualifikation der Vereinbarungen führt dazu, hinsichtlich des anwendbaren Rechts primär an den Parteiwillen anzuknüpfen. Diese Vereinbarungen werden damit der internationalrechtlichen Privatautonomie unterstellt. Die Privatautonomie sowohl des internationalen als auch des sachlichen Schuldrechts ist auf dieselbe Wurzel zurückzuführen.[2] Sie rechtfertigt sich dadurch, daß die Parteien in beiden Fällen am besten wissen, wo ihre Interessen liegen.

Man kann sich jedoch fragen, ob dieser Satz auch gilt, wenn Gegenstand der vertraglichen Beziehungen nicht ein Verhältnis ist, das wie die typischen schuldrechtlichen Verträge im Regelfall gütlich unter den Beteiligten abgewickelt wird, sondern in dem die Parteien als Streitende aufeinandertreffen. Obwohl die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen auch gütlich geschlossen werden, können sie ihrem Zweck nach nicht ohne weiteres dem gewöhnlichen schuldrechtlichen Vertrag gleichgestellt werden. Zwar ist auch im deutschen Prozeßrecht im Rahmen der Dispositionsmaxime die Autonomie der Parteien anerkannt.[3] **Die Zulässigkeit der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen**

---

1) vgl. auch Pagenstecher, RabelsZ Bd.11, S.398 FN 9; gegen diesen, soweit er die Schiedsabrede auf ein inländisches Schiedsgericht mit der internationalen Prorogation gleichsetzt, Kralik, ZZP Bd. 74, S.37 ff.; Walchshöfer, ZZP Bd.80, S.211 f.
2) kritisch allerdings Simitis, JuS 1966, S.215 ff.
3) s. oben S.4f., 40.

wird, soweit sie nicht schon ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind, mit dem Grundsatz "in dubio pro libertate" abgesichert.[1] Die Meinung[2], die diesen Grundsatz über die Vertragsform dem Schuldrecht entnimmt, ist jedoch mit Recht nicht mehr herrschend. Dieser Grundsatz ist vielmehr dem bürgerlichen Recht und dem Zivilprozeßrecht übergeordnet.[3] Konkret ausgeformt wird er gesondert in den beiden Rechtsgebieten (Privatrecht, Prozeßrecht). Zwar wird in manchen Fällen die Dispositionsmaxime parallel zum Parteiwillen im bürgerlichen Recht eingeschränkt.[4] Dies heißt jedoch nur, daß das Prozeßrecht, das der Verwirklichung des materiellen Rechts dient, die Wertungen des materiellen Rechts manchmal übernehmen muß, wenn nicht die Anordnung des materiellen Rechts prozessual unterlaufen werden soll.[5] Dies ändert aber nichts daran, daß die Dispositionsmaxime durch eine Norm des Prozeßrechts, nicht durch den Privatrechtssatz eingeschränkt ist.

Gegenstand der vertraglichen Regelung ist der Hauptprozeß (F 1). Für die Fälle der Vereinbarungen mit internationalem Bezug ist daher der "eigentümliche, wahre Sitz"[6] des vertraglichen Regelungsgegenstandes der Ort dieses Hauptprozesses (F 1). Der Streit (F 2) der Parteien über diesen Streit (F 1) hat dort seinen Schwerpunkt. Es erscheint bedenklich, die Rechtswahl den Parteien zu überlassen, da die Freiheit der Parteien im Hinblick auf diese Vereinbarungen im deutschen Recht in der Dispositionsmaxime[7] ruht. In einer

---

1) Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S.10.
2) s. oben S. 19, FN 4,5.
3) Art. 2 Abs. 1 GG; vgl. Schlosser, a.a.O.
4) Ausschluß der Privatscheidung einerseits, Ausschluß eines Anerkenntnisses (§ 617 ZPO) andererseits.
5) Henckel, Prozeßrecht, S. 25, 37 und öfters.
6) im Sinne Savigny's, System, Bd. 8, S. 28, 169, 200.
7) oder im Beibringungsgrundsatz, soweit etwa Beweisverträge in Frage stehen.

privatrechtlichen Qualifikation bleibt offen, inwieweit das ausländische Verfahren (F 1) der Disposition der Parteien entzogen ist. Probleme ergeben sich z.B., wenn die vom klagenden (F 1) Beklagten (F 2) verlangte Handlung diesem nach dem ausländischen Prozeßrecht nicht möglich ist. Zwar ist eine Lösung über die Regeln des deutschen Schuldrechts nicht ausgeschlossen.[1] Doch spricht der Gehalt dieser Lösung gegen die privatrechtliche Qualifikation.

2.4.2.2 Problematik der Anwendung des Deliktstatuts

Die privatrechtliche Qualifikation der Ansprüche aus Gefährdungshaftung und aus unerlaubter Handlung führt dazu, die Anwendung deutschen Rechts von der Zufälligkeit abhängig zu machen, ob irgendein Schriftstück in diesem Prozeß nach Deutschland geschickt wurde oder sonst eine für den Prozeß (F 1) wesentliche Handlung in Deutschland vorgenommen wurde. Soweit deutsches Recht angewandt wird, bleibt auch hier außer Betracht, daß der Schwerpunkt des Prozesses (F 1) im Ausland liegt. Der Streit der Parteien wird unter ausländischen Regeln (F 1) ausgetragen. Die Bedenken im Hinblick auf diese Ansprüche können sich insoweit nur gegen die Anknüpfung innerhalb des internationalen Deliktsrechts richten. Sie können andererseits aber dazu führen, eine abweichende Qualifikation zu fordern.

2.4.3 Bedenken gegen die prozeßrechtliche Qualifikation und die Anwendung der lex fori

Werden die Anspruchsgrundlagen prozeßrechtlich qualifiziert und wird die lex fori-Regel angewandt, dann richten sich alle die Bedenken gegen diese Qualifikation und gegen diese Kollisionsregel, die oben gegen

---

1) §§ 306 ff. BGB; vgl. auch Wengler, AcP Bd.158, S.548 ff.

die Anwendung deutschen Rechts nach den Regeln des internationalen Privatrechts erhoben wurden. Erschwerend kommt hinzu, daß die Anwendung ausländischen Rechts überhaupt ausgeschlossen ist. Diese Automatik in der Anwendung deutschen Rechts bzw. dem Ausschluß ausländischen Rechts hat nicht viel Sinn. Während sich für die Freiheit der Parteien zur Rechtswahl noch beachtliche Gründe anführen lassen[1], läßt die lex fori-Regel in ihrer Starre jegliche Abwägung von Parteiinteressen vermissen. Der einzige Vorteil ist, daß die Parteien genau wissen, welches Recht schließlich angewandt wird. Der Gewinn für die Rechtssicherheit wiegt jedoch die Nachteile der Starre so lange nicht auf, als die Wirkungen der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen ihrerseits so hart umkämpft sind.

Besonders fragwürdig ist aber die automatische Anwendung deutschen Rechts auf die prozessuale Gefährdungshaftung. Die Ansprüche aus der prozessualen Gefährdungshaftung haben ihren Ursprung in der Ausgestaltung des Instituts der vorläufigen Vollstreckbarkeit nach deutschem Recht.[2] Die Verhinderung bzw. Korrektur ungerechtfertigter vorläufiger Vollstreckungen mag in anderen Rechten anders geregelt sein, so daß das deutsche Recht hierauf nicht paßt. Man beachte, daß die Schadensersatzansprüche nach § 717 Abs. 2 ZPO nicht aus der vorläufigen ungerechtfertigten Vollstreckung von Urteilen der Oberlandesgerichte folgen. Hier beschränkt sich der deutsche Gesetzgeber auf den Ausgleich durch Bereicherungsansprüche, die kollisionsrechtlich wiederum anders als die Schadensersatzansprüche angeknüpft werden. Die automatische Anwendung dieser Anspruchsgrundlagen wäre gar nicht möglich ohne eine großzügige analoge Anpassung an fremde Prozeß- und Gerichtsordnungen.

---

1) s. unten S. 84 .
2) s. oben S. 24 f.

Die Bedenken gegen die Lösungen über die prozeßrechtliche Qualifikation können einmal in der prozeßrechtlichen Qualifikation selbst begründet sein. Auf der anderen Seite kann aber auch der Fehler in der gängigen Fassung des Prozeßstatuts (lex fori-Regel) liegen, daß das Gericht (F 2) nur sein eigenes Prozeßrecht anwende.

3. Der eigene Lösungsversuch

3.1 Die Bedeutung der Qualifikation der Anspruchsgrundlagen

Im vorigen Abschnitt (2. Fallgestaltungen mit international rechtlichem Bezug) wurden die nach verschiedenen Auffassungen möglichen Varianten der Falllösungen skizziert und kritisiert. Die Lösung der aufgeworfenen Probleme hat am Ausgangspunkt, an der Qualifikation, anzusetzen. Die Qualifikation ist der Angelpunkt der Diskussion, gleichgültig, ob sie sich auf das deutsche Sachrecht beschränkt[1], oder ob sie das internationale Recht mit einbezieht.

3.1.1 Begriff und Zweck der Qualifikation

Die Qualifikationsfrage durchzieht vorliegende Arbeit als ein Problem der Zuordnung.[2] Ein Rechtsverhältnis soll seinen bestimmten Platz innerhalb der Gesamtrechtsordnung erhalten. Diese Gesamtrechtsordnung kann in Fällen ohne internationalen Bezug die nationale Rechtsordnung sein. In Fällen mit internationalem Bezug umfaßt sie jedoch sämtliche Rechtsordnungen, die irgendeinen Berührungspunkt mit dem Fall haben.

Hier sollen die Verhältnisse "Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen" oder "Haftung aus prozessualem Verhalten" qualifiziert werden. Sie können dem Schuldrecht als Teil des Privatrechts oder dem Prozeßrecht zugeordnet werden. Nur aufgrund dieser Zuordnung ist die Gruppe der Kollisionsnormen (IPR oder IZPR) zu bestimmen, die das auf den Fall anzuwendende Recht bestimmt.[3]

---

1) s. oben S. 19 ff., 26 f., 31, 33 f.
2) s. oben S. 3, 8, 10, 11 f., 19 ff., 26.
3) primäre Qualifikation nach Schoch, Klagbarkeit, S. 155; s. auch Riezler, IZPR, S. 104 ff.

Die Kollisionsnormen enthalten wie alle Rechtsnormen einen Tatbestand und eine Rechtsfolge. Ihre Aufgabe ist es, einen bestimmten Sachverhalt oder Sachverhaltsteil mit einer aus mehreren denkbaren Rechtsordnungen zu verknüpfen.[1] Der Tatbestand gliedert sich deshalb in einen "Anknüpfungsgegenstand" und einen "Anknüpfungsbegriff" oder "Anknüpfungspunkt". Dieser Anknüpfungspunkt lokalisiert das Verhältnis, so daß die Rechtsfolge, d.h. die anzuwendende Rechtsordnung, bestimmt werden kann.[2]

Der Anknüpfungsgegenstand ist der Bereich der Qualifikation im Sprachgebrauch des Kollisionsrechts.[3] Geschriebene Kollisionsnormen erfassen den Anknüpfungsgegenstand mit Sammelbegriffen, die dem System des eigenen Sachrechts entnommen sind. Als Rechtsbegriffe sind diese Sammelbegriffe bis zu einem gewissen Grad abstrakt. In der Lehre des internationalen Privatrechts wird deshalb oft[4] das Qualifikationsproblem als das Problem der Auslegung dieser Sammelbegriffe bezeichnet. Die Qualifikation, d.h. Auslegung, ergibt, ob das zu regelnde Lebensverhältnis unter den Anwendungsbereich der Kollisionsnorm fällt oder nicht.

Die Gleichsetzung von Qualifikation und Auslegung ist jedoch nur dann unproblematisch[5], wenn man auch die

---

1) s. hierzu Kegel, IPR, S.88, 148 ff.; Dölle, IPR, S.43 ff.
2) Der Sache nach ebenso, der Formulierung nach jedoch unterschiedlich Kegel, IPR, S. 89 f.
3) Es ist umstritten, was als Qualifikationsgegenstand aufzufassen ist, Sachverhalte, Sachnormen, Lebensverhältnisse, Rechtsverhältnisse oder Rechtsfragen, s. Kegel, IPR, S.89. Zu diesem Streit kann nicht Stellung genommen werden. In der Sache selbst sind die Auffassungen nicht so unterschiedlich, wie der Streit um die richtige begriffliche Erfassung an sich vermuten ließe. Hier wird im Anschluß an Dölle, IPR, S. 43, 95, der zu regelnde Lebenssachverhalt oder das zu regelnde Lebensverhältnis als Anknüpfungsgegenstand betrachtet, vgl. auch Vischer, Germann-Festschrift, S. 304.
4) Makarov, Dölle-Festschrift, Bd.2, S.150; Dölle, IPR, S. 94 f.; auch der Anknüpfungsbegriff oder Anknüpfungspunkt bedarf als Rechtsbegriff (z.B. Wohnsitz, (Forts. S. 76)

Zuordnung zu einer bestimmten Gruppe von Kollisionsnormen (IPR oder IZPR) als Auslegung der Begriffe Privatrecht und Prozeßrecht bezeichnet. Andernfalls ist es vorteilhafter, von der Qualifikation als Zu- oder Einordnung zu reden.[1)] Die Problematik verliert dann ihren Kern, wenn man bedenkt, daß die Begriffe, denen zugeordnet werden soll, in höherem oder geringerem Grad abstrakt sind. Auf der höchsten Stufe der Abstraktion, d.h. der Einteilung der Rechtsordnung in die großen Normgruppen des Privatrechts und öffentlichen Rechts oder des materiellen und formellen Rechts kann man die Abgrenzung nach dem herrschenden Sprachgebrauch nicht als Auslegung bezeichnen. Diesen Begriff reserviert man daher besser für die Abgrenzung der Begriffe geringerer Abstraktion, d.h. der Sammelbegriffe innerhalb einer Kollisionsnorm. Beides, Auslegung und Zuordnung, ist jedoch Qualifikation.

Der Hauptzweck der Qualifikation klang schon an. Sie dient dazu, das auf das zu qualifizierende Lebensverhältnis anzuwendende Recht zu bestimmen. Da durch die in der Qualifikation enthaltene Zuordnung oder Auslegung der Tatbestand der Rechtsanwendungsnorm fixiert wird, kann man die Qualifikation von diesem Zweck her tatbestandliche nennen. Sie hat ihre Hauptbedeutung im internationalen Recht. Doch ist sie auch in Fällen mit rein nationalem Bezug von Bedeutung. Die Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als bürgerlichrechtlich oder öffentlich-rechtlich bestimmt z.B. in

---

1) so richtig M. Wolff, IPR, S.49; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 66 .

Forts. v. S. 75, FN 4:
Staatsangehörigkeit, Erfüllungsort etc.) der Auslegung. Diese bezeichnet man jedoch einhellig nicht als Qualifikation, Neuhaus, Grundbegriffe, S. 66.

5) gegen die Gleichsetzung wendet sich bezeichnenderweise für das IZPR Riezler, IZPR, S. 105, FN 12.

der Mehrzahl der Fälle den Rechtsweg und die anzuwendende Prozeßordnung.[1] Die Qualifikation einer Erklärung als privatrechtliche Willenserklärung oder als Prozeßhandlung bestimmt die für die Anfechtbarkeit dieser Erklärung entscheidenden Vorschriften [2].

Die Diskussion in der Literatur um die Rechtsnatur der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen weist auf einen weiteren Zweck der Qualifikation hin. Bezugspunkt ist das System des objektiven Rechts. Gesetzgebung und Rechtsprechung stehen im Dialog mit der Rechtswissenschaft. Diese erfaßt die Entscheidungen des Richters oder Gesetzgebers in allgemeineren Kategorien und verarbeitet sie zu einem logischen Gebäude, das seinerseits wieder auf den Richter oder Gesetzgeber zurückwirkt. [3] [4]

Die Qualifikationszwecke stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Sie durchdringen und überschneiden sich vielmehr. Im Regelfall wird die Qualifikation unter Berücksichtigung aller Zwecke zu demselben Ergebnis führen. Im Verhältnis von systematischer und didaktischer Qualifikation ist dies besonders augenfällig. Der logische Aufbau, das System ist leichter

---

1) §§ 13 GVG, 4o Abs. 1 VwGO und die entspr.Vorschriften der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeiten. Ein weiteres Beispiel ist die Qualifikation der Gefährdungshaftung als deliktisch oder quasideliktisch, um § 852 BGB anwenden zu können.

2) Thomas-Putz, ZPO, Einl. III,4.

3) zur Bedeutung des systematischen Gedankens s.Larenz, Methodenlehre, S. 17 ff. und öfter, insbes. 149 ff.,45o ff.

4) Von dieser systematisch zu nennenden Qualifikation läßt sich noch die Qualifikation zu Lehrzwecken, die didaktische Qualifikation, unterscheiden. Sie ordnet Rechtsverhältnisse bestimmten Teilrechtsgebieten zu, um sie zum besseren Verständnis im Zusammenhang zu lehren. (vergl. M.Wolff, IPR, S.49).

erlernbar als eine bezugslose Kasuistik.

Gleichwohl mag es sein, daß sich aufgrund der unterschiedlichen Zwecke für die Qualifikation ein Konflikt der Zwecke ergibt. Die Forderungen von Systematik und Didaktik können in Gegensatz zu den Forderungen der Tatbestandswertung geraten.[1] Die Frage lautet für diesen Fall, ob es zwischen den Qualifikationszwecken eine Rangordnung gibt, ob die Erfüllung des einen der des anderen vorgeht. Die Aufgabe der tatbestandlichen Qualifikation ist es, den Fall einer bestimmten nationalen Rechtsordnung oder einer Teilrechtsordnung zu unterstellen, damit dieser gerecht gelöst werden kann. Die Systematik dient hingegen dazu, das objektive Recht der Logik zugänglich zu machen. Sie muß daher notwendigerweise die tatbestandliche Qualifikation mit einschließen, will sie nicht ihre Ordnungsaufgabe verfehlen. Sie kann nicht ein Teilrechtsgebiet ausklammern in dem Sinne, daß dieses sich selbst überlassen bliebe, und die Vertreter dieser Disziplin eine eigene Systematik entwickeln müßten.[2] Dies wäre eine Bedrohung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Für denjenigen, der im juristischen Alltag ein Lebensverhältnis einem Recht oder Rechtsgebiet zuordnen muß, verdichten sich tatbestandliche und systematische Qualifikation zu einer Hilfsformel, die ihm den Überblick über ein Problem und dessen Lösung erleichtert. Das Auseinanderklaffen von tatbestandlicher und systematischer Qualifikation könnte nur Nachteile mit sich bringen. Entweder würde die Systematik zu ihrem Nachteil zu Gunsten einer tatbestand-

---

1) zu diesem Zwiespalt, auch zwischen systematischer und didaktischer Qualifikation, Kohler, Gruch.Beitr. Bd. 31, S. 518 FN 181.

2) s. Neuhaus, Grundbegriffe, S.68 FN 163; Schnorr v. Carolsfeld, Lent-Festschrift, S. 245; diese Forderung der einheitlichen Qualifikation, soweit möglich, ist auch in dem Bedauern Jahr's JuS 1963, S. 369 Anm. 17a.E., enthalten, daß sich die Kerndisziplinen der Zivilrechtswissenschaft auseinandergelebt hätten.

lichen Qualifikation von Fall zu Fall[1] völlig vernachlässigt. Oder die in der tatbestandlichen Qualifikation steckende Wertung würde zu Gunsten einer Systematik aufgegeben, die in Begriffsjurisprudenz ausarten müßte.

Der Zweckonflikt könnte dadurch gelöst werden, daß die Verbindung von Qualifikation und Wertung gelöst würde. Die Qualifikation beschränkt sich, folgt man diesem Weg, auf rein systematische Zwecke. Die im Tatbestand steckende Wertung wird aus dem Qualifikationsproblem ausgeklammert.[2] Man fragt sich jedoch dann, wozu überhaupt noch in der Rechtsprechung oder Wissenschaft Systematik getrieben wird. Wenn diese keine Beziehung mehr zur Wertung aufweist, wird sie sinnlos.

Die Qualifikation muß also versuchen, allen Zwekken gerecht zu werden. Damit ist aber auch das Wort gesprochen über die Rangfolge der Qualifikationszwecke. Da die tatbestandliche Qualifikation am stärksten eine bestimmte Wertung ausdrückt, steht sie an erster Stelle.[3] Systematik und Didaktik haben sich im Konfliktsfall an ihrem Ergebnis zu orientieren.

Dies muß mindestens dann gelten, wenn qualifiziert wird, um überhaupt die anwendbaren Kollisionsnormen gemäß der obersten Einteilung des Rechts in Privatrecht und Prozeßrecht aufzufinden.[4] Ob die Einheit-

1) ganz auf das Ergebnis stellt, in Anlehnung an den amerikanischen Autor Cavers, Gutzwiller, P.M., SchwJb f.intern.Recht Bd.25, S.169, 185 ab. Diese rein ergebnisorientierte Auffassung des IPR ist jedoch für die Kautelarjurisprudenz und auch für den Richter nicht tragbar. Gegen diesen zu Recht v. Steiger, ebenda, S. 209 ff., insbes. 211.

2) so z.B. für das innerstaatliche Recht Henckel, Prozeßrecht, S.11 f., 25, 37; für das Kollisonsrecht Kropholler, RabelsZ Bd.33, S.633 und FN 109. Er schlägt im Kollisionsrecht die Wertung nur über den Anknüpfungsbegriff vor. Damit solle das Qualifikationsproblem entschärft werden.

3) a.A. Neumeyer, Intern.Verwaltungsrecht Bd.4, S.25 ff., der primär zu wissenschaftlichen Zwecken und nur sekundär tatbestandlich abgrenzt.

(Forts. S. 80).

lichkeit der Qualifikation bei Begriffen einer niedrigeren Abstraktionsstufe noch durchgehalten werden kann, ist zweifelhaft.[1] Selbst der Gesetzgeber folgt in seinem äußeren System nicht immer dieser Forderung nach der Einheitlichkeit der Begriffsbildung.[2]

3.1.2 Die Qualifikation im Kollisionsrecht

Die Qualifikation im Kollisionsrecht ist primär tatbestandlich, da von ihr die Rechtswahl als Rechtsfolge abhängt. In der Literatur zum internationalen Privatrecht sind drei grundsätzliche Auffassungen zu der Methode der Qualifikation entwickelt worden:

die Qualifikation nach der lex fori
die Qualifikation nach der lex causae
die autonome Qualifikation.

Die Qualifikation nach der lex fori besagt, daß der Richter den Rechtsbegriff als Anknüpfungsgegenstand im Tatbestand der Kollisionsnorm so auszulegen habe, wie ihn das eigene Sachrecht (lex fori) verwende. Qualifiziert wird nach dieser Auffassung also ohne Rücksicht auf die Kollisionsnormen und auf die durch die Notwendigkeit der Rechtswahl geschaffene besondere Problematik.[3] Auf die oben[4] gebildeten Fälle angewandt hieße dies, daß die Einordnung, entweder in das materielle Recht oder in das Prozeßrecht, die sich in der Diskussion herauskristallisiert hat, auch für das Kollisionsrecht maßgebend wäre, ohne daß die

---

Forts. v. S. 79 :

4) primäre Qualifikation im Sinne Schochs, s. oben; a.A. wohl Heldrich, Intern.Zuständigkeit, S. 149 f., der meint, daß nach einhelliger Meinung die Einheitlichkeit der Qualifikation auch schon auf dieser Ebene zugunsten einer autonomen kollisionsrechtlichen Qualifikation geopfert sei.

1) Rabel, RabelsZ Bd.5, S.283; vgl. auch Kegel, IPR, S. 102, der die verschiedenartigen zu regelnden Interessen betont. Allgemein zur Relativität der Rechtsbegriffe, s. Baumgärtel, Wesen, S. 12 ff.

2) M. Wolff, IPR, S. 51.

3) vgl.Rabel, RabelsZ Bd.5,S.249; Kegel,IPR,S.95; Dölle, IPR, S.97

4) S. 46 f.

kollisionsrechtliche Problematik auch nur zu streifen sei. Die Autoren[1] hätten recht, die auf die Bedeutung der Qualifikation für das Kollisionsrecht mit wenigen Worten hinweisen. Da der Streit um die Rechtsnatur der Anspruchsgrundlagen durch unterschiedliche Auffassungen zur systematischen Abgrenzung von Privat- und Prozeßrecht gekennzeichnet ist, folgt aus der Qualifikation nach der lex fori, daß der systematische Zweck über den tatbestandlichen triumphiert. Wäre der Qualifikation nach der lex fori in diesem Sinne zu folgen, dann könnte die Untersuchung an dieser Stelle abgebrochen werden. Der Leser hätte einzig zu entscheiden, welcher Meinung über die Rechtsnatur der Anspruchsgrundlagen er folgen will, um das kollisionsrechtliche Ergebnis in den Händen zu halten.

Bei einer Qualifikation nach der lex causae ist der Anknüpfungsgegenstand nach der Rechtsordnung auszulegen, die als Sachrecht anzuwenden ist.[2] Diese Art und Weise der Qualifikation setzt jedoch voraus, daß die Kollisionsnorm bestimmt ist, aus der das anzuwendende Sachrecht folgt, das seinerseits über die Auslegung des Anknüpfungsgegenstandes herrscht. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Denn von der Zuordnung der Beziehungen in den obigen[3] Fällen zum materiellen oder Prozeßrecht hängt es ab, ob die Kollisionsregeln des IPR oder des IZPR anzuwenden sind. Erst aufgrund einer vorläufigen Qualifikation könnte also festgestellt werden, nach welchem Recht die Anspruchsgrundlagen endgültig zu qualifizieren sind. Ist dies ein ausländisches Recht, so wäre weiter zu fragen, ob nach diesem die in Aussicht genommene Anspruchsgrundlage dem materiellen Recht oder

---

1) s. oben S. 3 FN 2.
2) M. Wolff, IPR, S. 52 ff.; vgl. auch Kegel, IPR, S.98; nach Makarov, Dölle-Festschrift, Bd.2, S.163 soll M.Wolff kein Vertreter dieser Richtung sein.
3) S. 46 f.

Prozeßrecht zugehört. Aufgrund dieser Qualifikation müßte dann endgültig die Kollisionsnorm des deutschen Rechts aufgesucht werden.

Nach der Lehre von der autonomen Qualifikation[1] hat der Richter die Einordnung weder nach dem eigenen Sachrecht, noch nach der lex causae vorzunehmen. Das Kollisionsrecht habe aus seinen besonderen Bedürfnissen heraus ein eigenes System zu entwickeln.[2] Dieses System müsse sich von der Bindung an das Sachrecht lösen. Es sei auf der Grundlage der Rechtsvergleichung zu entwickeln. Die Rechtsbegriffe, die eine Kollisionsnorm zur Umschreibung des Anknüpfungsgegenstandes verwende, seien so auszulegen, wie die ganze Kulturwelt sie begreife.[3]

Als herrschend wird die Qualifikation nach der lex fori bezeichnet.[4] Es ist aber festzustellen, daß allein die autonome Theorie von ihren Vertretern konsequent verfolgt wird.[5] Die beiden anderen Theorien werden von ihren Vertretern[6], zum Teil von ihren Begründern[7] durch Ausnahmen abgewandelt. Nicht haltbar empfundene Ergebnisse werden mit Methoden korrigiert, die sich als Anleihen bei den anderen Theorien darstellen. Verschiedene moderne Autoren[8] sind deshalb gar nicht mehr einer der drei Theorien zuzurechnen. Sie wählen vielmehr aus den verschiedenen Theorien die Gesichtspunkte aus, deren Berück-

---

1) ihr Begründer ist Rabel, RabelsZ Bd. 5, S. 241 ff.
2) Rabel a.a.O. S. 249.
3) Rabel a.a.O. S. 257.
4) Kegel, IPR, S.95.
5) kritisch gegen die Begriffsbildung auf Grund der Rechtsvergleichung Kegel, IPR, S. 101 f.
6) z.B. Raape, IPR, S.111 bezüglich der Qualifikation nach der lex fori: Eine "weltmännische" Auslegung der Kollisionsnormen, "sub specie orbis", sei vonnöten.
7) vgl. Kegel, IPR, S.99 zu M.Wolff; hieraus erklärt sich wohl auch die Bemerkung Makarov's oben, S. 81 FN 2.
8) Neuhaus, Grundbegriffe, S.79 ff.; Makarov, Dölle-Festschrift, Bd.2, S.166; Schnitzer, Schönenberger-Festgabe, S.387 ff.; Dölle, IPR, S.97. Dort noch weitere Nachweise.

sichtigung ihnen eine gerechte Rechtswahl verspricht.

Die deutsche Rechtsprechung[1] bekennt sich überwiegend zu der Qualifikation nach der lex fori. Diese Haltung erklärt sich wohl aus einem Bedürfnis der Richter nach einer einheitlichen Qualifikation. Gleichwohl qualifiziert die Rechtsprechung nicht nur in Übereinstimmung mit der strengen Lehre der Qualifikation nach der lex fori. Denn diese besagt[2], daß der Richter nur nach seinem eigenen Sachrecht zu qualifizieren habe. Die zitierten Urteile des RG und BGH zur Qualifikation des Schiedsvertrages[3] und der Prorogation[4] zeigen, daß diese Gerichte nicht nur aufgrund des deutschen Sachrechts oder allein aufgrund systematischer Überlegungen entschieden hätten. Vielmehr werden kollisionsrechtliche Gesichtspunkte bei der Qualifikation mit berücksichtigt.

Der Ansatzpunkt dieser Entscheidungen stimmt mit der oben[5] aufgestellten Forderung nach dem Bemühen um eine einheitliche Qualifikation innerhalb der deutschen Rechtsordnung überein. Dem ist zu folgen. Die Lehre von der autonomen Qualifikation ist insoweit heranzuziehen, als sie die Qualifikation nach Sinn und Zweck der Kollisionsnorm fordert.[6] Die Lehre von der Qualifikation nach der lex fori trägt insoweit bei, als sie die Berücksichtigung des Sachrechts innerhalb der Qualifikation anstrebt. Denn auch in der Systematik des Sachrechts können Wertungen verborgen

---

1) Nachweise bei Palandt-Lauterbach, EGBGB, Vorbem v. Art 7, Anm. 9.
2) s. S. 80 f.
3) s. oben S. 13 FN 1.
4) s. oben S. 16 FN 4.
5) S. 78 ff.
6) ebenso Kegel, IPR, S. 106.

sein, die ihrerseits für das Kollisionsrecht Bedeutung gewinnen.

3.2 Die Qualifikation der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen

3.2.1 Ablehnung der privatrechtlichen Qualifikation

Bedenken gegen die privatrechtliche Qualifikation wurden bei der Kritik der Arbeitshypothesen[1] aufgezeigt. Gleichwohl ist die privatrechtliche Qualifikation unter kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht abwegig. Zu ihren Gunsten ist anzuführen, daß derartige Vereinbarungen selten in der Weise ausgehandelt werden, daß die von ihnen betroffenen prozessualen Beziehungen der alleinige Gegenstand der Verhandlung wären. Vielmehr dürften im Regelfall die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen eingebettet sein in ein umfassendes Vertragswerk, das auch die Regelung des materiellen Rechtsverhältnisses umfaßt, das seinerseits Gegenstand des prozessualen Streites ist. Schiedsabrede und Prorogation werden meist im Zusammenhang mit dem Grundvertrag ausgehandelt.[2] Die Verpflichtung zur Klagrücknahme mag z.B. in einem außergerichtlichen Vergleich gegen eine teilweise Befriedigung der eingeklagten (F 1) Forderung eingehandelt worden sein.[3] Das Bestreben, das gesamte Vertragswerk einer Kollisionsnorm und einem Anknüpfungspunkt zu unterwerfen, kann nicht leichthin abgetan werden.

Die privatrechtliche Qualifikation der Vereinbarung über die prozessuale Beziehung garantiert jedoch nicht eine einheitliche Behandlung des Gesamtvertragswerkes.

---

1) s. oben S. 69 ff.
2) s. die Begründung in BGHZ 49, S.384; Riezler, IZPR, S. 621.
3) zu den Prozeßvereinbarungen mit Gegenleistung H.J. Hellwig, Systematik, S. 72 ff.

Denn dieses ist nur dann einer einzigen Rechtsordnung unterstellt, wenn von den Parteien eine einzige Rechtsordnung gewählt wird[1], und die von den Parteien erwählte Rechtsordnung die Rechtswahl akzeptiert, also ihrerseits dem Willen der Parteien durch eine einheitliche materiellrechtliche Qualifikation nachgibt. Sollte jedoch die anwendbare Rechtsordnung ihrerseits den auf die prozessualen Beziehungen gerichteten Teil des Gesamtvertrages prozessual qualifizieren und unterschiedlich anknüpfen, dann ist eine Rück- oder Weiterverweisung auf das Recht des Prozeßortes (F 1) bezüglich dieses Teils der Vereinbarung denkbar. Die einheitliche Anknüpfung dient daher nur in bedingtem Maß der Unterwerfung des Gesamtvertrages unter eine Rechtsordnung.

Entscheidend gegen die einheitliche kollisionsrechtliche Anknüpfung von Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen an den Parteiwillen spricht, daß im deutschen Recht, unabhängig von der Frage der Qualifikation, der Parteiwille die aufeinander bezogenen Vereinbarungen nicht zu einem Gesamtvertragswerk zusammenzufassen vermag. Insbesondere der Schiedsvertrag und die Prorogation sind gegenüber dem Hauptvertrag, mit dem sie zugleich abgeschlossen werden, verselbständigt. Die Anfechtung, Nichtigkeit oder anderweitige Beseitigung des Grundvertrages lassen die Geltung der prozessual bezogenen Vereinbarung unberührt.[2] Daß Schiedsabrede und Prorogation trotz Wegfall des Hauptvertrages weiter gelten, wurde zwar mit dem hypothetischen Parteiwillen begründet, daß die Geltung der prozessualen Vereinbarung trotz Wegfalls des Hauptvertrages gewollt sei

---

1) Eine einheitliche Rechtswahl ist nicht vorgeschrieben. Die Parteien können nach der Rechtsprechung für den Schiedsvertrag oder die Prorogation ein anderes Recht als für den Hauptvertrag bestimmen, BGHZ 40, 320 (323).

2) RGZ 140, S. 149; BGH, MDR 1952, S. 487.

(§ 139 BGB).[1] Ist man sich jedoch klar darüber, daß die Freiheit zum Abschluß der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen nicht auf einer vom Schuldrecht, sondern vom Prozeßrecht gewährten Parteiautonomie beruht, dann wird verständlich, daß die Wirksamkeit des durch die Vereinbarung begründeten Rechtsverhältnisses durch das Prozeßrecht geregelt wird.[2]

Es ist deshalb durchaus systemgerecht, die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen unabhängig von den übrigen Teilen eines möglichen Gesamtvertragswerks zu qualifizieren und anzuknüpfen.

Auch das Argument der internationalen Verständigung[3] zwingt nicht zur schuldrechtlichen Qualifikation. Denn soweit nach einer prozeßrechtlichen Qualifikation überhaupt die Anwendung deutschen Rechts auf die Vereinbarung zu bejahen ist, darf man die Regeln des deutschen Rechts auch nach internationalen Maßstäben liberal nennen. Die besonderen Formvorschriften des § 1027 Abs. 1 ZPO für den Schiedsvertrag gelten nach Abs. 2 nicht für Kaufleute. Zum Schutz von Nichtkaufleuten sind die Formerfordernisse aber auch rechtspolitisch gerechtfertigt. Bei allen Vereinbarungen wird darüber hinaus ein Teil der tatbestandlichen Voraussetzungen, z.B. die Abschlußfähigkeit, ohnedies separat angeknüpft. Denn das deutsche Prozeßrecht verweist auf das bürgerliche Recht.[4] Die schuldrechtliche Qualifikation hat aus diesen Gründen gegenüber der prozeßrechtlichen keinen Vorzug.

Die oben[5] aufgezeigten Bedenken, die Freiheit zum

---

1) Diese Begründung ist jetzt von BGHZ 53, S.315 (317) ausdrücklich aufgegeben.
2) richtig deshalb OLG Frankfurt, OLGZ 1967, S. 435 (439); zu Unrecht kritisiert von Habscheid, KTS 1970, S. 1 f.
3) so jedoch Lorenz, AcP Bd.157, S.269. Seine Auffassung, daß der Schiedsvertrag bei prozeßrechtlicher Qualifikation immer (Herv.v.mir) nach deutschem Recht zu beurteilen sei, wenn die Zuständigkeit eines Gerichts im Inland gegeben sei, nicht nicht richtig; s. unten S.96 f.
4) § 52 ZPO i.V.m. Art.7 EGBGB neben § 55 ZPO.
5) S. 69 ff.

Abschluß dieser Vereinbarungen in der Parteiautonomie des Privatrechts zu verankern, geben den Ausschlag für die Ablehnung der privatrechtlichen Qualifikation.

Auch der Versuch, den Parteiwillen als Anknüpfungsbegriff auszuschließen, führt nicht zur sachgerechten Ergebnissen. Begründen ließe sich der Ausschluß des Parteiwillens als Anknüpfungsbegriff innerhalb einer privatrechtlichen Qualifikation nur mit dem Argument, die Wahl eines anderen Rechtes als desjenigen des Erfüllungsortes (= Ort des Hauptprozesses, F 1) sei willkürlich. Den Parteien mangle es an jeglichem Interesse für eine derartige Rechtswahl.[1] Dies läßt sich aber sicher nicht für jeden Fall der Wahl eines anderen Rechts behaupten. Allein schon der lose Zusammenhang der Vereinbarung mit einem anderen Vertrag begründet ein in diesem Sinn ausreichendes Interesse an der Rechtswahl. Letztlich würde aber die Beschränkung auf den Erfüllungsort als Anknüpfungsbegriff der schuldrechtlichen Qualifikation den Boden entziehen. Denn der Erfüllungsort dient nur der Hilfsanknüpfung. Er ist als solcher in der Wissenschaft sehr umstritten.[2] Grundlage des internationalen Schuldvertragsrechts ist gerade der Parteiwille als Anknüpfungsbegriff. Wird dieser beseitigt und an den Erfüllungsort angeknüpft, dann wird damit zugegeben, daß der eigentümliche Sitz der Vereinbarung am Ort des Hauptprozesses als Erfüllungsort liegt. Dies wäre nichts anderes als eine prozeßrechtliche Qualifikation. Auch der Erfüllungsort versagt als sachgerechter Anknüpfungspunkt bei Vereinbarungen, die Unterlassenspflichten erzeugen. In Ermangelung eines eindeutigen Erfüllungsortes knüpft hier die Rechtsprechung[3] an den Wohnsitz des Schuldners an. Dieser

---

1) s. oben S. 51.
2) gegen ihn insbes. Raape, IPR, S.483 ff.; weitere Nachweise bei Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art.7, Rdnr.264.
3) s. oben Seite 52, FN 3, im Ansatz völlig unterschiedlich Kohler, ZZP Bd.10, S.450 f.; s. auch unten S. 140 FN 3.

steht aber mit dem Ort des Hauptprozesses (F 1) in keinem inneren Zusammenhang.

3.2.2 Die prozeßrechtliche Qualifikation

Wird die privatrechtliche Qualifikation verneint, so ist die prozeßrechtliche Qualifikation zu bejahen. Gegen die prozeßrechtliche Qualifikation wurde oben[1] jedoch eingewandt, daß sie über die Anknüpfung an das deutsche forum (F 2) immer zur Anwendung deutschen Rechts führe. Diese Kritik läßt sich nur dann halten, wenn die Geltung der behaupteten Kollisionsregel des IZPR, es sei immer nur die lex fori anzuwenden, gesichert ist.

3.2.2.1 Eingrenzung des Prozeßstatuts (lex fori-Regel)

Die Geltung der lex fori-Regel im IZPR wird neuerdings grundsätzlich bestritten.[2] Ihr wird als Grundgedanke des internationalen Zivilprozeßrechts ein Satz entgegengehalten, der auch dem internationalen Privatrecht zugrunde liegt. Vom Gericht sei das Prozeßrecht anzuwenden, das am engsten mit dem Verfahren, den Prozeßhandlungen und prozessualen Rechtsbeziehungen verbunden sei. Die Anwendung des eigenen Prozeßrechts, der lex fori, sei hingegen eine Ausnahme. Diese Auffassung wird von anderen Autoren[3] des IZPR in dieser Schärfe nicht geteilt. Die Regel, daß als Prozeßrecht die lex fori anzuwenden sei, wird aufrecht erhalten. Doch ist diese Regel auf ihren Sinngehalt zu untersuchen, um ihre Tragweite und damit auch die Grenze ihrer Anwendung zu bestimmen.

---

1) S. 71 ff.
2) Szászy, Intern. Civil Procedure, S. 224
3) s. etwa Guldener, IZPR, S. 2

Zur Begründung der lex fori-Regel wird angeführt[1]: Der Richter könne nur nach seinem eigenen Prozeßrecht verfahren, weil dieses ein einheitliches Ganzes sei, das keinen Fremdkörper in Gestalt ausländischer Prozeßregeln dulde. Der Richter sei gar nicht in der Lage, ein ihm unbekanntes Prozeßrecht mit der nötigen Sicherheit und Schnelligkeit anzuwenden. Man könne dem Rechtsuchenden nicht zumuten, daß er alle Augenblicke den Prozeß unterbreche, um sich über die fremden Prozeßregeln zu vergewissern. Schließlich wird gesagt, das Prozeßrecht sei öffentliches Recht. Die Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts könne nicht geduldet werden.

Dieses letzte Argument geht von der Voraussetzung aus, daß das Gericht eines Staates immer nur sein eigenes öffentliches Recht anwende. Ob diese Voraussetzung überhaupt gerechtfertigt ist, mag dahinstehen.[2] Denn keineswegs führt die Qualifikation des Prozeßrechtes so weit, daß sie die Berücksichtigung fremden Rechts ausschlösse. Aus der Qualifikation des Prozeßrechts als öffentliches Recht werden zumeist viel zu weit gehende Schlußfolgerungen gezogen.[3] Das Prozeßrecht enthält durchaus auch privatrechtliche Elemente. Dies soll unten[4] näher begründet werden. Aus dieser Tatsache jedoch ergibt sich, daß die Behauptung, ein Gericht dürfe ausländisches öffentliches Recht nicht anwenden, für ausländisches Prozeßrecht nicht uneingeschränkt zu übernehmen ist.

Die weiteren Gründe, die zur Stützung der lex fori-Regel angeführt werden, sind stichhaltig. Ein Richter

---

1) Zusammenstellung bei Meili, ICPR, Bd. 1, S.15.
2) vgl.Neuhaus, Grundbegriffe, S.119 ff.; Szászy, Intern. Civil Procedure, S.209.
3) s. auch oben S.40.
4) S. 100f.

kann sinnvoll immer nur nach seinem eigenen Prozeßrecht verfahren. In den vorliegenden Fällen handelt es sich jedoch nicht darum, daß der deutsche Richter nach ausländischem Prozeßrecht verfahre. Er soll vielmehr das Verhalten des Beklagten (F 2) in einem ausländischen Prozeß (F 1) beurteilen. Das Prozeßrecht, das auf die Vereinbarung anzuwenden ist, erhält zu dem Charakter als prozessuales Recht noch den Charakter des sachlichen Rechts, das auf die zu beurteilenden Beziehungen der Parteien anzuwenden ist. In der früher geläufigen Terminologie hätte man es zu den "decisoria litis" gerechnet.[1] Zu Recht wird daher die Auffassung[2] vertreten, soweit das Prozeßrecht als Beurteilungsrecht und nicht als Verfahrensrecht im engeren Sinne anzuwenden sei, gelte nicht die automatische Anknüpfung an die lex fori. Trotz der prozeßrechtlichen Qualifizierung sei es deshalb möglich, fremdes Recht anzuwenden.

3.2.2.2 Das zu beurteilende Prozeßrechtsverhältnis als Anknüpfungsbegriff

Da die lex fori-Regel versagt, ist der Richter gezwungen, einen geeigneten Anknüpfungsbegriff für die Wahl des richtigen Prozeßrechts als Beurteilungsrecht zu finden. Zu diesem Zweck ist es notwendig, sich darauf zu besinnen, daß die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen auf einen Hauptprozeß (F 1) bezogen sind. Die Beziehungen der Beteiligten dieses Prozesses (F 1) lassen sich rechtlich in den Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses[3] fassen. Die Vereinbarungen

---

1) zu dieser Unterscheidung Meili, ICPR, Bd.1, S.19; Riezler, IZPR, S. 65 f.; Szászy, Intern.Civil Procedure, S. 215 ff.

2) Kegel, IPR, S. 377; zu der Unterscheidung s. auch Jellinek, Die zweiseitigen Staatsverträge, Bd.1, S. 26 f.

3) Die Bedeutung des Prozeßrechtsverhältnisses als Rechtsbegriff ist nicht unumstritten, s. die Darstellung bei Rosenberg-Schwab, ZPR, S. 5 ff.; die Auffassung, (Forts. S. 91).

sind dem Recht zu unterstellen, das auch das Prozeßrechtsverhältnis regiert, auf das sie einwirken sollen. Das Problem vereinfacht sich dann auf die Frage, welchem Recht das Prozeßrechtsverhältnis zu unterstellen ist. Diese Frage ist für das IZPR nicht anders zu beantworten als für das IPR. Es ist nach dem Ort zu suchen, wo das Prozeßrechtsverhältnis seinen eigentümlichen Sitz[1], seinen Schwerpunkt hat. Dieser liegt auf der Hand. Es ist der Ort des Hauptprozesses (F 1), also der des ausländischen Gerichts. Denn das Prozeßrechtsverhältnis ist ein Dreiecksverhältnis[2], in das der Richter einbezogen ist. Die Beziehungen zwischen den Parteien lassen sich praktisch und theoretisch nicht sinnvoll von den Beziehungen zu dem Gericht lösen. Darüber hinaus ist das Verhalten der Parteien darauf angelegt, den Prozeß vorwärts und zu einem Abschluß zu bringen.[3]

Im Ergebnis wird eine besondere Kollisionsnorm für das Prozeßrecht als Beurteilungsrecht geschaffen. Damit ist aber der Kritik an der prozessualen Qualifikation[4] der Boden entzogen. Die Vereinbarungen können für kollisionsrechtliche Zwecke ohne weiteres prozeßrecht-

---

Forts. v. S. 90 FN 3:
die ein dreiseitiges Verhältnis bejaht, hat sich jedoch durchgesetzt; Nikisch, ZPR, S.16 f.; Bruns, ZPR, S. 7 f.; Schönke-Kuchinke, ZPR, S. 8 f.; Rosenberg-Schwab, a.a.O.; St-J-Pohle, ZPO Einl E II; Zöller-Degenhart, ZPO, Einl III 3; Thomas-Putzo, Vorbem zu § 50, Anm. I; a.A. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundz § 128, Anm.2 C (nur zwischen Parteien).
Die Angriffe von Szászy, Intern.Civil Procedure, S.8 gegen das Prozeßrechtsverhältnis (single action relationship) treffen nicht das Prozeßrechtsverhältnis als Dreiecksverhältnis. Sie sind allerdings beachtlich gegen die Auffassung des Prozeßrechtsverhältnisses im Sinne Kohler's, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S.6, als Verhältnis nur zwischen den Parteien, s. auch unten S.97 FN 3.

1) s. oben S. 70 (FN 6).
2) s. oben vorige Seite FN 3.
3) ebenso Wach, Handbuch, S. 223.
4) s. oben S.71 ff.

lich qualifiziert werden.

Dies wird durch eine weitere Überlegung systematischer Art erhärtet. Bei den Vereinbarungen stellte sich oben[1] die Frage, ob der Kläger (F 2) sein Begehren mittels eines materiellen Anspruchs durchsetzen kann. Dieser materielle Anspruch wurde aber als ein Ersatz für das prozessuale Gestaltungsrecht erkannt. Das Ziel der Parteien, die die Vereinbarung abgeschlossen haben, ist nicht unmittelbar die Schaffung eines materiellen Anspruchs oder eines Gestaltungsrechts. Das Ziel ist vielmehr vorrechtlich zu verstehen, daß der Prozeß vor dem Schiedsgericht oder prorogierten Gericht stattfinde, nicht jedoch vor einem anderen.[2] Beim Klagrücknahmeversprechen geht der Wille dahin, daß der Prozeß ohne Sachentscheidung und möglichst bald beendet werde. Die rechtliche Ausstattung der Vereinbarung, um dieses Ziel zu erreichen, ist als rechtstechnisches Problem für die Parteien zweitrangig. Die unmittelbaren Rechtsfolgen der Vereinbarung, Gestaltungsrecht oder materieller Anspruch, sind dementsprechend funktionell austauschbar. Selbstverständlich ist, daß die Parteien den Weg des Gestaltungsrechts im Regelfall vorziehen, weil dieser zügiger und billiger zum Ziel führt. Das prozessuale Gestaltungsrecht hat deshalb systematisch gesehen den Vorrang vor dem materiellen Anspruch. Wenn aber kollisionsrechtlich die Wirkung der Vereinbarung die Qualifikation bestimmen soll, ist es gerechtfertigt, auch die Vereinbarung mit verpflichtender Wirkung so zu qualifizieren und so anzuknüpfen wie eine entsprechende Vereinbarung, die ein prozessuales Gestaltungsrecht mit der Folge der leichteren Durchsetzbarkeit

---

1) S. 54 f.

2) Damit sind die Bedenken terminologischer Art ausgeräumt, die sich gegen die Unklarheit der Verwendung der Begriffe "Ziel", "Erfolg" richten, ob sie rechtlich oder wirtschaftlich zu verstehen sind, vgl. Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S. 65.

erzeugt. Die Vereinbarung mit verfügender Wirkung ist kollisionsrechtlich unabdingbar prozeßrechtlich zu qualifizieren und an den Ort des Hauptprozesses (F 1) anzuknüpfen, da nur dort die Gestaltung bewirkt werden kann. Die verpflichtende Wirkung folgt funktionell[1] der verfügenden Wirkung. Die Vereinbarung mit verpflichtender Wirkung ist deshalb ebenfalls prozeßrechtlich zu qualifizieren und an den Ort anzuknüpfen, an dem das Prozeßrechtsverhältnis belegen ist.[2]

3.3 Ergebnis für das Klagrücknahmeversprechen

Diese Anknüpfung führt für das Klagrücknahmeversprechen zu dem Recht, das am Ort des Hauptprozesses (F 1) gilt. Denn allein dort ist das Prozeßrechtsverhältnis belegen, auf das die Vereinbarung bezogen ist. Nur wenn dieses Recht (F 1) zurückverweist, ist deutsches Recht (F 2) anzuwenden, weil das deutsche Recht die Rückverweisung annimmt und die Verweisung abbricht. Die Rückverweisung wird allein auf das Sachrecht bezogen.[3]

---

1) Die Qualifikation nach der Funktion eines Rechtsverhältnisses wird vertreten von Neuhaus, Makarov und Schnitzer, s. oben S. 82 f. FN 8; Schnitzer a.a.O. und RabelsZ Bd. 33, S. 17 ff. entwickelt den Gedanken des funktionellen Zusammenhangs in einem umfassenderen Sinn. Er untersucht Verträge daraufhin, welcher sozialen Kategorie, welchen Staates Wirtschafts- und Sozialleben sie zuzurechnen sind. Die im Text vertretene Auffassung ist weniger anspruchsvoll. Sie schließt nur von der Funktionsgleichheit zweier rechtstechnischer Regelungsmöglichkeiten auf ihre gleichartige Einordnung.

2) Unklar Riezler, IZPR, S. 43: "Ob eine Vereinbarung über die Aussetzung des Verfahrens und ein Verzicht auf Rechtsmittel verfahrensrechtliche (Herv.v.mir) Wirkung hat, hängt durchaus von der Rechtsordnung des Landes ab, dem das Prozeßgericht angehört." Es bleibt offen, ob auch die verpflichtende Wirkung als verfahrensrechtliche Wirkung in diesem Sinne erfaßt wird. Abzulehnen auch a.a.O. in FN 4, wo Riezler gegen Meili die Frage aus dem IZPR ausklammern will.

3) so jedenfalls die Rspr. z.B. RGZ 136, S. 366; BGHZ 24, S. 352; Im Schrifttum ist dieser Komplex sehr umstritten, s. Kegel, IPR, S. 124.

3.4 Schiedsvertrag und Prorogation

3.4.1 Anknüpfung an mehrere Prozeßrechtsverhältnisse

Für Schiedsabrede und Prorogation ist die Lösung nicht so einfach. Beide Vereinbarungen betreffen die Zuständigkeit mehrerer Gerichte (staatlicher bzw. privater). Die verfügende Wirkung begründet positiv ipso iure die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts. Sie räumt aber auch ein prozessuales Gestaltungsrecht ein, durch dessen Ausübung negativ die Zuständigkeit der ausgeschlossenen Gerichte entfällt.[1] Die Frage, wo das Prozeßrechtsverhältnis, an das anzuknüpfen ist, lokalisiert werden kann, muß ohne Antwort bleiben. Denn beide Vereinbarungen sind nicht auf ein einziges Prozeßrechtsverhältnis bezogen. Weder die prorogierende, noch die derogierende Wirkung der Vereinbarungen überwiegt. Beide Wirkungen stehen vielmehr gleichwertig nebeneinander. Schiedsvertrag und Prorogation sind deshalb auf die Regelung mehrerer möglicher zukünftiger Prozeßrechtsverhältnisse gerichtet. Die Rechte aller Gerichte stehen zur Auswahl, deren Zuständigkeit positiv oder negativ angesprochen ist.

Aufgrund dieser Beziehung zu mehreren Rechten wird für die internationale Prorogation die Meinung[2] vertreten, daß alle Rechte kumulativ anzuwenden seien. Diese Auffassung ist zu Recht[3] vereinzelt geblieben. Sie würde die Freiheit zur Prorogation und zur Schiedsabrede über Gebühr einschränken.

---

1) s. oben S.42.
2) Gaudemet-Tallon, La prorogation, S. 77 ff.
3) Kritisch zu dieser Kumulationsthese Mezger, Bespr. dieser Monographie von Gaudemet-Tallon in Rabelsz. Bd.30, S. 555; nach Mezger wendet die franz. Rspr. ausschließlich die lex fori an (S. 556 f.), s. jedoch Bauer, Compétence judiciaire, S. 168.

Die Entscheidung ist deshalb alternativ zugunsten des Rechts des prorogierten oder des derogierten Gerichts zu treffen. Da negativ und positiv verfügende Wirkung gleichwertig sind, ist es gerechtfertigt, daß jedes betroffene Gericht sein eigenes Recht anwendet. Ist ein ausländisches Gericht prorogiert oder ein ausländisches Schiedsgericht verabredet, so ist deutsches Recht auf die Beurteilung der Vereinbarungen anzuwenden, wenn eine Partei vor dem ausgeschlossenen deutschen Gericht klagt und der Gegner die Einrede der Prorogation oder der Schiedsabrede erhebt. Umgekehrt ist deutsches Recht auch anzuwenden, wenn die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts prorogiert oder eines deutschen Schiedsgerichts vereinbart ist.[1] Im Hinblick auf die Prorogation findet diese Meinung breite Unterstützung.[2] Für die Behandlung des Schiedsvertrages ist eine einheitliche Linie nicht festzustellen. Es werden vielmehr alle denkbaren Lösungen vertreten,[3] die

---

1) ebenso Kohler, Gruch. Beitr. Bd.31 S. 490 .

2) RGZ 159, 254; Riezler, IZPR, S.296; Guldener, IZPR, S1169; Arnold, AWD 1958, S.238; Rosenberg-Schwab, ZPR, S.148; eingehend jetzt Habscheid, Schima-Festschrift, S.188 ff. (unter Berücksichtigung der Ausnahmen).

3) BGHZ 40, S. 320: Vertragsstatut, zumindest für Zulässigkeit, Tatbestand und materielle Wirkung
Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 11 f.: Recht des Hauptvertrages, nur für Frage, ob Schiedsvertrag überhaupt zulässig ist, lex fori.
Meili, ICPR, Bd. 2, S.294: Schiedsvertrag prozeßrechtlich, jedoch Frage, welchem Recht er materiell untersteht, nach Analogie zum intern.Obligationenrecht zu lösen
Riezler, IZPR, S. 621: Recht des Hauptvertrages
Guldener, IZPR: Gültigkeit nach dem Recht, unter dessen Herrschaft der Schiedsspruch ergangen ist (lex arbitri) (S.110 f.) Zulässigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates (S.111 FN 91) Negative Wirkung als Prozeßhindernis nach lex fori (S.110 FN 90)
Mann, Zeitschr.f.d.ges.Handelsrecht u.Wirtschaftsrecht, Bd.130, S.108: Recht des Sitzes des Schiedsgerichts (gegen diesen zu Recht Mezger, NJW 1970, S. 368 f.)
Böhm, ZfRV 1968, S.287: gesonderte Anknüpfung der materiellen und prozessualen Seite des Schiedsvertrages.
St-J-Schlosser, ZPO, § 1025, Anm.I 2: Gültigkeit, Inhalt und Wirkungen nach dem Recht, dem der im Schiedsvertrag vorgesehene Schiedsspruch unterstehen würde.

(Forts. S. 96)

zumeist nach Zulässigkeit, Tatbestand und Wirkungen differenzieren.

Die Anknüpfung danach, ob eines der möglichen betroffenen Prozeßrechtsverhältnisse in Deutschland belegen ist, führt im Regelfall zur Bestätigung der Anwendung der lex fori. Gleichwohl können für diese Anknüpfung nicht die Gründe ins Feld geführt werden, die zur Bildung der lex fori-Regel geführt haben. Die lex-fori-Regel versagt deshalb dann, wenn die von einer Vereinbarung theoretisch betroffene Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes überhaupt nicht im Streit ist. Dieser gewiß seltene Fall kann unter folgenden Voraussetzungen eintreten:

> Die Parteien haben die ausschließliche Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts oder eines Schiedsgerichts eines Drittstaates (F 3) vereinbart. Durch diese Prorogation oder Schiedsabrede sind auch gesetzliche Gerichtsstände Deutschlands ausgeschlossen. Eine Partei klagt entgegen der Vereinbarung in einem ausgeschlossenen gesetzlichen Gerichtsstand eines anderen ausländischen Staates (F 1). Der Gegner will nun die Vereinbarung durch Klage vor einem deutschen Gericht (F 2) durchsetzen.

Im Streit sind nur die Zuständigkeit des Gerichts des Hauptprozesses (F 1) und des vereinbarten Gerichts (F 3). Zwar ist auch ein in Deutschland belegenes Prozeßrechtsverhältnis denkbar, da auch die gesetzliche Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes ausgeschlossen wurde. An dieses ist jedoch nicht anzuknüpfen, da der Ausschluß dieser Zuständigkeit nicht in Frage steht. Das angerufene deutsche Gericht (F 2) hätte also nur die Wahl zwischen dem am Ort des Hauptprozesses (F 1) geltenden Recht und dem Recht des prorogierten Gerichts bzw. des Schiedsgerichts (F 3).

Forts. v. S. 95 FN 3:
Szászy, Intern. Civil Procedure, S. 226: Questions of the validity and legal effects of the arbitration agreement nach der lex causae S. 623 f.: verfügende Wirkung nach der lex fori und verpflichtende Wirkung ("substantive effects") nach der lex causae.

Sollten sich diese Rechte allerdings im Ergebnis unterscheiden, so gewinnt das deutsche Recht Bedeutung. Denn der deutsche Richter müßte dann sinnvollerweise dem der beiden Rechte den Vorzug geben, das mit dem deutschen Recht dem Geist nach, zumindest in der streitigen Einzelfrage übereinstimmt. Gleichwohl müßte das deutsche Gericht (F 2) nicht die lex fori, sondern das betreffende ausländische Recht anwenden. Der lex fori kommt nur eine Hilfsaufgabe für die richtige Anknüpfung zu.

Die Anknüpfung an eines der betroffenen Prozeßrechtsverhältnisse scheitert nicht daran, daß bei Schiedsvertrag und Prorogation das zu regelnde Prozeßrechtsverhältnis in der Zukunft liegt und möglicherweise überhaupt nicht entsteht.[1] Auch im Schuldrecht sind Rechtsbeziehungen bekannt, die an der Qualifikation des gedachten zukünftigen Verhältnisses teilhaben (culpa in contrahendo).[2] Ebenso kann das künftige Prozeßrechtsverhältnis als Anknüpfungsgegenstand und im Rahmen der Qualifikation vorwirken, ob es zustandekommt oder nicht.[3]

---

1) ebenso Schönke-Kuchinke, ZPR, S. 173 zur Prorogation.
2) vgl. Titze, Schlegelberger-Festschrift, S. 184.
3) a.A. Kohler, Gruch.Beitr. Bd.31, S.516 f. Nach ihm erzeugen die prozeßrechtlichen Verträge selbst kein Rechtsverhältnis, das von dem oder innerhalb des Prozeßrechtsverhältnisses unterschieden werden könnte. Sie begründen nur eine besondere Lage dieses Prozeßrechtsverhältnisses. Für das Klagrücknahmeversprechen kann diese Vorstellung übernommen werden. Für Schiedsvertrag und Prorogation ist diese Auffassung konsequent nur von dem Standpunkt aus, daß das Prozeßrechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht. Wird jedoch das Prozeßrechtsverhältnis durch das angerufene Gericht individualisiert, so ist es nicht möglich, die vor Prozeßbeginn abgeschlossenen Verträge, die mehrere Zuständigkeiten betreffen, in das Prozeßrechtsverhältnis als Elemente einzubeziehen.

3.4.2 Die verpflichtende Wirkung von Schiedsvertrag und Prorogation

Da im Regelfall ein deutsches Gericht mit dem Streit um eine deutsche Zuständigkeit befaßt ist und deutsches Recht anwendet, muß an diesem Punkt die Frage beantwortet werden, ob Prorogation und Schiedsabrede auf ein deutsches Gericht, die Zulässigkeit nach deutschem Recht unterstellt, verpflichtende Wirkung entfalten. Prorogation und Schiedsvertrag sind gleich zu behandeln. Diese Forderung wurde bei der Kritik der arbeitshypothetischen Fallösungen aufgestellt und begründet.[1)] Nur wenn beide Vereinbarungen nach deutschem Recht verpflichtende Wirkung entfalten, ist die Voraussetzung gegeben, diese Vereinbarungen gegenüber einem ausländischen Prozeß (F 1) mittelbar durchzusetzen.

Nachdem die Vereinbarungen für das Kollisionsrecht prozeßrechtlich qualifiziert wurden, scheinen die systematischen Bedenken das Haupthindernis für eine einheitliche Qualifikation oder dafür zu sein, den Vereinbarungen verpflichtende Wirkung zuzuerkennen. Denn nach der herrschenden Meinung[2)] ist für die Zuordnung zum Privatrecht oder zum Prozeßrecht die verpflichtende oder verfügende Wirkung der Vereinbarungen entscheidend. Für diese Systematik ist der materielle Anspruch als Regelungsmittel eine Erscheinung nur des Privatrechts, was auf die Qualifikation der vertraglichen Anspruchsgrundlage zurückwirkt.

Die Vielfalt der Auffassungen in der Sache spiegelt sich in einer terminologischen Verwirrung. Die sachliche Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung setzt daher eine terminologische Stellungnahme voraus.

---

1) s. oben S. 68 f.
2) s. oben S. 19 f.

Dies ist auch deshalb unumgänglich, weil die Bezeichnung der verpflichtenden Wirkung in ihrer Kehrseite als Anspruch im Sinn von § 194 BGB die Zuordnung zum materiellen Recht vorwegzunehmen scheint. Unschädlich ist es, vom Privatrecht als Gegensatz zum Prozeßrecht zu sprechen, wenn man das Prozeßrecht ausschließlich als öffentliches Recht auffaßt, jedoch den Gegensatz von materiellem Recht und Prozeßrecht als formellem Recht verwirft.[1] Selbst wenn das Prozeßrecht materielle Elemente enthalten sollte, so sind sie bei dieser Terminologie der Gefahr entzogen, dem Privatrecht zugeordnet zu werden. Die Zuordnung zum Prozeßrecht ist andererseits nicht widersprüchlich, da dies nur die Qualifikation als öffentlich-rechtlich, nicht jedoch als formell-rechtlich bedeutet.

Doch hat auch die Auffassung ihre Berechtigung, die neben dem Gegensatz Privatrecht - öffentliches Recht den weiteren Gegensatz materielles - formelles Recht anerkennt.[2] Die Unterscheidung von materiellem und formellem Recht hat innerhalb des Kollisionsrechts tatbestandliche Bedeutung.[3] Für die Form eines Rechtsgeschäfts gilt z.B. eine besondere Hilfsanknüpfung (lex loci actus, EGBGB Art. 11 Abs. 1 Satz 2). Die lex fori-Regel gilt für das Prozeßrecht nur im Sinne formellen Rechts, d.h. Verfahrensrechts. Die Qualifikation des Prozeßrechts als öffentliches Recht hat heute im wesentlichen nur noch systematische Bedeutung. Die tatbestandliche Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Qualifikation erschöpft sich im innerstaatlichen Recht in der Zuweisung des Rechtsstreits über das zu qualifizierende Verhältnis an die Gerichte der allgemeinen oder besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sämtliche Streitigkeiten über

1) so H.J. Hellwig, Systematik, S.44 f.
2) Titze, Schlegelberger-Festschrift, S.169
3) s.oben S.89 f.

das Zivilprozeßrechtsverhältnis jedoch werden vor Zivilgerichten abgewickelt, was auch einzig sinnvoll ist.[1)]

Sehr oft wird nun materielles und privates Recht gleichgesetzt, das Prozeßrecht aber mit öffentlichem und mit formellem Recht identifiziert. Der Austausch dieser Begriffe ist jedoch nur ungefährlich, wenn und solange man sich der Grenzen dieser begrifflichen Gleichwertigkeit bewußt ist.

Die Problematik der Gleichsetzung von Prozeßrecht und öffentlichem Recht wurde schon mehrfach angeschnitten.[2)] Die Loslösung des Zivilprozeßrechts als systematisch eigenes Teilrechtsgebiet von dem Privatrecht ist ein Ergebnis der jüngeren Rechtsentwicklung.[3)] In diesem Prozeß der Verselbständigung hatte das Prozeßrecht die Schwierigkeit zu überwinden, weiterhin als Nebengebiet der Privatrechtsordnung behandelt zu werden, deren Durchsetzung es dient. Faßt man die Beziehungen der am Prozeß beteiligten Hauptpersonen unter dem Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses zusammen und sieht dieses als dreiseitiges an[4)], so wurden in diesem Prozeß der Verselbständigung die Beziehungen der Parteien zum Gericht und deren Eigenständigkeit von dem behaupteten materiellen Rechtsverhältnis betont, das Element des Streitgegenstandes ist. Diese Beziehungen der Parteien zu dem Gericht sind unbestreitbar öffentlich-rechtlichen Charakters, welcher Abgrenzungstheorie[5)] man auch folgen mag. Man darf jedoch nicht vergessen, daß nur dieser Teil der prozessualen Beziehungen dem Prozeßrecht das öffentlich-rechtliche

---

1) Rosenberg, ZPR, 9.Aufl., S.43 (Anhangs- und Widerspruchsprozesse); H.J. Hellwig, Systematik, S. 44 f.
2) s. oben S.40, 89 .
3) Kaufmann, JZ 1964, S. 482 (487 f.)
4) s. oben S.90 FN 3.
5) zu den verschiedenen Theorien Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht Bd. I, S. 91 ff.

Gepräge gibt. Hinzu kommen die Beziehungen der Parteien untereinander. Diese stehen sich gleich geordnet gegenüber.[1] Es ist nicht möglich, rechtliche Beziehungen prozessualer Art zwischen den Parteien überhaupt zu leugnen[2] oder sie als materiell- bzw. privatrechtlich aus dem Prozeßrecht auszuscheiden.[3] Diese Beziehungen und ihre rechtliche Regelung, insbesondere soweit sie die Dispositionsbefugnis der Parteien anerkennt, tragen, für sich gesehen, privaten Charakter. Es ist letztlich gleichgültig, ob man das Prozeßrecht als einheitlich öffentlich-rechtlich oder gemischtrechtlich[4] bezeichnet, wenn man sich nur bewußt bleibt, welchen Elementen des Prozeßrechts man die qualifizierende Kraft zugesteht.[5] Die qualifizierende Kraft kommt der Masse der zu regelnden Beziehungen zu. Diese typischen Beziehungen geben einer Teilrechtsordnung das Gepräge als öffentlich- oder privatrechtlich.[6] Da die typischen Beziehungen eines Prozeßrechtsverhältnisses zwischen den Parteien und dem Gericht bestehen, ist es richtig, insoweit von Prozeßrecht als öffentlichem Recht zu sprechen.

Ähnlich verhält es sich mit der Qualifikation des Prozeßrechts als formellen Rechts. Es ist typisch für das Prozeßrecht, das Prozeßrechtsverhältnis durch die Einräumung von Möglichkeiten und das Auferlegen von Lasten fortzuentwickeln. Die Masse der Vorschriften, die sich primär an den Richter wenden, betreffen den Ablauf des Verfahrens. Ebenso richtig ist es, daß sub-

---

1) s. oben S. 4f.
2) so aber die Lehre, die alle Beziehungen zwischen den Parteien in Möglichkeiten und Lasten auflösen will, Goldschmidt, Prozeß, S.81,107,118 (§§ 9-11); Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 63 f.; wie hier jedoch Lent, ZZP Bd.67, S. 345 ff.
3) so wohl Pecher, Schadensersatzansprüche, S. 126; Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S. 21 ff.
4) Riezler, IZPR, S.120 f.; Szászy, Intern. Civil Procedure, S. 22.
5) von einer Überbetonung des öffentlichrechtlichen Charakters warnt auch Henckel, Prozeßrecht, S. 26.
6) in diesem Sinn auch St-J-Pohle, ZPO, Einl M I 2 a,b.

jektive Rechte, materielle Ansprüche und Gestaltungsrechte, typischerweise dem materiellen Recht zuzuordnen sind. Dies schließt aber nicht aus, daß sich auch das Prozeßrecht in einer geringeren Zahl von Fällen materieller Gestaltungsformen zur Regelung prozessualer Beziehungen bedient.[1)]

Für die Qualifikation einer Beziehung als prozeßrechtlich kann man deshalb nicht abschließend auf deren privaten oder öffentlichen, formellen oder materiellen Charakter[2)] abstellen. Es ist ein umfassenderer Gesichtspunkt zu suchen. Ansatz für diese Suche ist die Diskussion, die um den Vertragsbegriff in bezug auf die Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen geführt wurde. Es wurde und wird die Auffassung vertreten, die Erfassung der Vereinbarung als Vertrag bedeute, daß sie privatrechtlich zu verstehen sei.[3)] Obwohl der Vertrag vorrangig der Regelung privater Lebensbeziehungen dient, ist die Figur des Vertrages auch im (materiellen) öffentlichen Recht von der herrschenden Meinung akzeptiert.[4)] Der Vertrag wird auch als Tatbestand für das (formelle) Prozeßrecht bejaht.[5)] Die Begründung, der Vertrag sei als Regelungsform für die Qualifikation nichtssagend neutral, die eigentliche Färbung erhielte die zu regelnde Beziehung von den Rechtsfolgen, die er erzeuge, läßt sich gegen ihre Erfinder kehren und auf die rechtstechnischen Wirkungen des Vertrages erstrecken.[6)] Denn auch die verpflichtende oder verfü-

---

1) a.A. wohl Siebert, Verwirkung, S, 84; Szászy, Intern. Civil Procedure, S.220 in seiner Kritik an Meili. Diese Kritik ist nicht gerechtfertigt. Szászy selbst ist bereit, dem Prozeßrecht im Hinblick auf den Gegensatz Privatrecht - öffentl.Recht gemischtrechtliche Natur zuzuerkennen (s. oben S.101 FN 4). Warum sollte das Prozeßrecht absolut mit formellem Recht gleichgesetzt werden?
2) richtig mit diesem Vorbehalt grenzt deshalb v.Craushaar, Die Internationalrechtliche Anwendbarkeit, S.11 ab.
3) s. oben S. 19 FN 4,5.
4) Schiedermair, Vereinbarungen, S.30 ff.; H.J. Hellwig, Systematik, S.78 f.
5) s. oben S.20 ff. S.96 ff., 243 .
6) im Ansatz ebenso Baumgärtel, Wesen, der auf die rechtnehmende u.rechtgebende Funktion abstellt. Allerdings wird dieser Ansatz nicht konsequent durchgeführt, s.oben S.22.

gende Wirkung eines Vertrages sind farblos und neutral. Ob ein Vertrag verpflichtet oder verfügt, oder ob ein verpflichtender und verfügender Vertrag aufeinander aufbauen, ist eine Frage der Entwicklungsstufe der Rechtsordnung oder eine Folge der Tatsache, daß die Rechtsordnung nur einen Zugriff auf das zu verpflichtende Rechtssubjekt, nicht aber unmittelbar auf das zu gestaltende Verhältnis hat. Eine Vereinbarung erhält ihre eigentliche Färbung von dem vorrechtlich gedachten Endzweck, den die Parteien mit der Vereinbarung verfolgen.[1] Ist dieser Endzweck im Bereich des Güter- und Leistungsverkehrs angesiedelt, dann ist es richtig, den Vertrag im Privatrecht anzusiedeln und ihn je nach der rechtstechnischen Erfassung des Willens dem Schuld- oder Sachrecht zuzuordnen. Ist aber der Vertrag letztlich auf die Regelung eines Sonderverhältnisses angelegt, dann wird der Vertrag ohne Rücksicht auf verpflichtende oder verfügende Wirkung zum Beispiel dem Familien- oder Erbrecht zugeordnet. Ist aber Regelungsgegenstand ein gegenwärtiges oder zukünftiges prozessuales Verhältnis, dann ist die Vereinbarung mit ihren Wirkungen, unabhängig, ob verpflichtend oder verfügend, ein prozeßrechtlicher Vertrag.[2] Der besondere Gegenstand oder abgekürzt die "Sonderbeziehung"[3] triumphiert auch in der Systematik über die Rechtstechnik der Wirkungen.[4]

Die prozeßrechtliche Qualifikation schließt auch nach systematischen Gesichtspunkten die Ausstattung der Vereinbarungen mit verpflichtender Wirkung nicht aus. Andererseits erfordert die prozeßrechtliche Qualifikation aber nicht unbedingt die Verpflichtung als Wir-

---

1) Vgl. oben S. 92.
2) H.J. Hellwig, Systematik, S. 79 f.
3) Titze, Schlegelberger-Festschrift, S. 169 f. und öfter.
4) ähnlich Henckel, Prozeßrecht, S. 19, der nach den "geregelten Lebensbereichen" abgrenzt.

kung der Vereinbarung.

Die Frage, ob Schiedsvertrag und Prorogation wirklich verpflichtend wirken, ist umstritten.[1] Sicher ist nur, daß sie verfügende Wirkung entfalten. Ob die verpflichtende Wirkung als verdeckte Rechtsfolge[2] subsidiär hinter die verfügende Wirkung tritt oder ganz ausgeschlossen ist, wird vom Gesetz nicht ausdrücklich entschieden.

Die herrschende Meinung[3] stattet die Schiedsabrede mit verpflichtender Wirkung aus. Dies gilt auch für die Auffassung[4], die aus systematischen Gründen zusätzlich zur prozeßrechtlichen Vereinbarung eine privatrechtliche Vereinbarung konstruiert, falls ein Bedürfnis vorhanden sein sollte. Dieses Bedürfnis besteht in der Tat für die Pflicht der Parteien der Schiedsabrede, vereinbarungsgemäß einen Kostenvorschuß an die Schiedsrichter zu bezahlen. Das Argument[5], eine derartige Pflicht könne nur im Schiedsrichtervertrag wurzeln, ist nicht stichhaltig. Wenn die Zahlung eines Kostenvorschusses zwischen den Parteien vereinbart ist, dann ist diese Zahlung eine Pflicht gegenüber dem Gegner, die allerdings nur dann aktuell wird, wenn der Schiedsrichter nach dem Schiedsrichtervertrag einen Vorschuß fordern kann und fordert. Man könnte allenfalls das Recht des Schiedsrichters als einen Anspruch zugunsten eines Dritten (d.h. des Schiedsrichters) aus der Schiedsabrede abzweigen, nicht jedoch umgekehrt das Recht des Gegners aus dem Schiedsrichtervertrag. Die Pflicht gegenüber dem Gegner folgt vielmehr aus der Schiedsabrede. Sie ist ein

---

1) s. oben S.13 f., S.18 f.
2) so bezeichnet Jahr, Instituts-Festschrift, S. 181, das Verhältnis von verfügender und subsidiär verpflichtender Wirkung.
3) s. oben S.13 f.
4) Schiedermair, s. oben S. 21.
5) Böhm, ZfRV 1968, S. 269.

Ausfluß der umfassenden subsidiären Verpflichtung, die Durchführung des Schiedsverfahrens zu fördern.

H.J. Hellwig [1] zeigt auf, daß auch die Prorogation in bestimmten Fällen einer verpflichtenden Wirkung nicht entraten kann, um bei Zuwiderhandeln Schadensersatzansprüche zu begründen. Dieser Auffassung ist grundsätzlich zu folgen. Hiergegen wird vorgebracht,[2] die Sanktion der Vertragsverletzung erschöpfe sich in der Unzulässigkeit der entgegen der Abrede vorgenommenen Prozeßhandlung, sofern ihre Wirkungen nicht über das Prozeßgeschehen hinaus reichten. Diese Meinung verkennt, daß sich die Abrede nicht nur an den Richter , sondern auch an die Parteien wendet. Auch die Prorogation entfaltet, ebenso wie der Schiedsvertrag, subsidiär verpflichtende Wirkung.[3]

3.4.3 Die Einschränkung der verpflichtenden Wirkung aus internationalrechtlichen Gesichtspunkten

3.4.3.1 Bedenken gegen die Einwirkung auf ausländische Prozesse durch materielle Ansprüche

Der Schluß, daß die Verpflichtung aus Schiedsvertrag und Prorogation auch in Fällen mit internationalem Bezug voll wirke, wäre voreilig. Obwohl deutsches Recht anzuwenden ist, und nach deutschem Recht Prorogation und Schiedsabrede verpflichten, sind noch weitere Gesichtspunkte im Rahmen des internationalen Zivilprozeßrechts zu berücksichtigen. Andernfalls wäre die

---

1) Systematik, S.60.
2) Henckel, Prozeßrecht, S. 295.
3) Allerdings ist die Auffassung von H.J. Hellwig nicht ganz zweifelsfrei. Im Sinne Henckel's läßt sich fragen, ob die von H.J. Hellwig als schutzwürdig angenommenen Interessen wirklich so schutzwürdig sind, ob nicht vielmehr der Schutz nach § 826 BGB ausreicht, vgl. unten S. 124.
So wird man vielleicht auch die Bemerkung Schwab's in Rosenberg-Schwab verstehen dürfen, s.oben S. 23 FN 3.

Folge, daß Prorogation und Abrede eines deutschen (Schieds-) Gerichts ohne Rücksicht auf den Einzelfall bis zur Grenze des Rechtsmißbrauchs gegenüber einem vereinbarungswidrigen ausländischen Prozeß (F 1) durchsetzbar wären.

Die Durchsetzung der Prorogation und Schiedsabrede gegenüber dem einschränkenden italienischen Recht mag in der Mehrzahl der Fälle von der Interessenlage der Parteien aus gesehen vertretbar sein. Gegenüber einem englischen Richter, der die Interessen der Parteien in einem konkreten Fall bei seiner Ermessensentscheidung berücksichtigt, ist die Durchsetzung nicht ohne weiteres gerechtfertigt.[1] Die Bedenken verstärken sich, wenn man überlegt, daß die Freiheit zur Prorogation, die das deutsche Recht einräumt, rechtspolitisch angezweifelt wurde[2] und neuerdings wieder in das Blickfeld der Kritik rückt.[3] Wenn der ausländische Richter (F 1) Billigkeitsgesichtspunkte berücksichtigt, deren Verankerung im deutschen Recht de lege ferenda gefordert wird, dann kann der deutsche Richter (F 2) nicht gehalten sein, sein Prozeßsachrecht durchzusetzen. Der Richter (F 2) kann aber andererseits nicht nach der rechtspolitischen Analyse des Ergebnisses im Einzelfall den Anknüpfungsbegriff der Kollisionsnorm wählen und z.B. die beiden gleichwertigen Prozeßrechtsverhältnisse[4] verschieden bewerten. Ebenfalls ist es ihm verwehrt, die Lösung in das deutsche Prozeßsachrecht zu verlegen und

---

1) a.A. wohl Lunz, IZPR, S. 42.
2) Heilberg, ZZP Bd. 57, S. 448; vgl. jedoch auch Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 27.
3) zur Megede, ZRP 1969, S. 200; Löwe, ZRP 1970, S. 97; eine Begrenzung durch entsprechende Anwendung des § 1025 ZPO schlagen vor Maier, NJW 1959, S. 1472; Emmerich, ZZP Bd. 82, S. 419.
4) s. oben S. 94.

im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nur dann eine verpflichtende Wirkung anzunehmen, wenn dies nach seiner Auffassung rechtspolitisch angebracht ist. Beide Wege führten zu einer reinen Kasuistik, die die Rechtssicherheit der Billigkeit opferte. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kann darüber hinaus nicht die Subsidiarität der Entscheidung des Einzelfalls anheimgegeben werden. Denn der Gesetzgeber legt fest, unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung überhaupt rechtliche Wirkung entfaltet, und ob diese verfügend oder verpflichtend sein soll. Wenn die Parteien z.B. ein Schiedsgericht vereinbart haben, dann können sie nicht wahlweise die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts nebenher bestehen lassen.[1] Dies bedeutet, der Gesetzgeber hat den Parteiwillen unwiderleglich dahingehend typisiert, daß nur das Schiedsgericht zur Entscheidung berufen sein soll. Ebenso stellt der Gesetzgeber zwei Typen der Prorogation zur Verfügung, die einfache und die ausschließliche.[2] Die einfache Prorogation entfaltet keine verpflichtende und keine negativ verfügende Wirkung. Die ausschließliche Prorogation hingegen verpflichtet. Haben die Parteien eine ausschließliche Prorogation vereinbart, dann kann der Richter nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung hieraus eine einfache Prorogation machen. Denn es liegt überhaupt keine Lücke in der vertraglichen Regelung vor.[3] Für eine ergänzende Vertragsauslegung bleibt kein Raum. Sie wäre im Fall der Prorogation vielmehr eine Umdeutung wider Willen.

Die Reichweite des deutschen Rechts ist vielmehr un-

---

1) OLG Düsseldorf, MDR 1956, S.750; BGH, ZZP Bd.73, S. 439; allerdings sollen Gerichtsstandsvereinbarungen subsidiär gelten, wenn sich die Parteien einverständlich nicht auf den Schiedsvertrag berufen, BGHZ 52, S. 30 (35).
2) s. oben S.16 .
3) zu diesem Erfordernis Henckel, AcP Bd.159, S. 106 ff.; Larenz, NJW 1963, S. 737.

abhängig vom Einzelfall zu bestimmen. Zu diesem Zweck ist erneut nach den Aufgaben des IZPR zu fragen. Dieses besteht nur zum geringeren Teil aus Kollisionsnormen.[1] Eine Durchsicht der wenigen Hand- oder Lehrbücher des IZPR[2] zeigt die Kernbereiche dieser Disziplin. Es sind dies die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte, das prozessuale Fremdenrecht, die Wirkungen der Rechtshängigkeit eines Rechtsstreits im Ausland, das internationale Beweisrecht und die Rechtshilfe, sowie die Regeln über die Anerkennung und die Vollstreckung ausländischer Urteile. Bei diesen Materien handelt es sich überwiegend um Sachrecht (im Gegensatz zu Kollisionsrecht), das die Wirkung einer Beziehung zum Ausland oder ausländisches prozessuales Geschehen innerhalb des eigenen inländischen Prozesses festlegt.[3]

3.4.3.2 Begrenzung der verpflichtenden Wirkung durch den Grundsatz der territorialen Beschränkung des deutschen Prozeßrechts

Kernpunkt ist die in § 328 ZPO verkörperte Regelung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile. Nach Abs. 1 Ziff. 1 dieser Vorschrift wird die internationale Zuständigkeit des Urteilsstaats an den deutschen Regeln über die internationale Zuständigkeit gemessen. Der Vorbehalt des ordre public in Ziff. 4 schützt darüber hinaus vor Urteilen, die im Ergebnis nicht den Minimalerfordernissen des deutschen Sach - und Prozeßrechts entsprechen. § 328 ZPO ist auch entscheidend dafür, ob ein ausländisches Verfahren gegenüber einem deutschen Gericht die Wirkung der Rechtshängigkeit erzeugt. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn die im Ausland schließlich ergehende Entscheidung in Deutschland anzuerkennen wäre.[4] Nur unter dieser Voraussetzung ist der Streitgegenstand auch mit Wirkung für Deutschland mit Beschlag

---

1) a.A. St-J-Pohle, ZPO, Einl N I 1.
2) Walker, Meili, Riezler, Guldener, Troller, Szászy, Lunz, s. im Literaturverzeichnis
3) Guldener, IZPR, S. 1 f.
4) RGZ 158, S.147.

belegt.

Will man diese Regeln überhaupt als Kollisionsregeln bezeichnen[1], so enthalten sie eine eigentümliche Aufspaltung. Ihr Anknüpfungsgegenstand wird territorial begrenzt. Rechtshängigkeit und Urteil werden nur insoweit dem deutschen Recht zur Überprüfung unterworfen, als sie Geltung in deutschem Territorium beanspruchen. Die internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts wird nicht nach seinem eigenen Recht überprüft.[2] Dies zeigt, daß sich das deutsche internationale Zivilprozeßrecht auf die Abwehr unerwünschter Wirkungen ausländischen prozessualen Geschehens in Deutschland beschränkt unter der Voraussetzung, daß deutsches Prozeßrecht anzuwenden ist. Diese Haltung läßt sich als Grundsatz der (relativen[3]) territorialen Beschränkung formulieren.

Dieser Grundsatz darf nicht mit dem wesentlich umfassenderen Begriff des Territorialitätsprinzips verwechselt werden. Dieses kann folgende Inhalte haben[4]:

a) die einseitige Beschränkung des Wirkungsbereichs der eigenen Sachnormen;
b) auf Geschehnisse im eigenen Territorium findet das eigene Sachrecht unbedingt Anwendung;
c) die exterritoriale Wirkung ist ausgeschlossen, weil die Rechtsanwendungsnormen für Sachverhalte außerhalb des Territoriums nicht auf das Gesetz verweisen.

Der Grundsatz der territorialen Beschränkung enthält den unter a) beschriebenen Inhalt des Territorialitätsprinzips. Unter b) läßt sich die lex fori-Regel ein-

---

1) so z.B. Szászy, Intern.Civil Procedure, S.102, 104.
2) BGHZ 52, S.30 (37); das deutsche Gericht ist auch nicht an die Tatsachenfeststellungen des ausl.Urteils gebunden, soweit dieses auf sie seine Zuständigkeit stützt.
3) i.S.v. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 119.
4) Deutsch, Wettbewerbstatbestände, S. 21.

ordnen. Beide Inhalte werden sehr oft[1] vermischt. Eine klarere Ausprägung hat der Grundsatz der territorialen Beschränkung im Gegensatz zur lex fori-Regel im Konkursrecht[2] und im Immaterialgüterrecht[3] gefunden.

Aus dem Grundsatz folgt, daß für die Fälle, in denen eine Kollisionsnorm auf das deutsche Zivilprozeßrecht verweist, der Anknüpfungsgegenstand so zu beschränken ist, daß das deutsche Recht nur die Seite des prozessualen Verhältnisses regelt, die nach Deutschland hineinwirkt.

Zwar werden Prorogation und Schiedsabrede auf ein deutsches (Schieds-)Gericht deutschem Prozeßrecht unterstellt. Nach deutschem Prozeßrecht können diese Vereinbarungen auch verpflichtende Wirkungen entfalten. Von dieser Verpflichtung erfaßt werden können jedoch nur die Auswirkungen des ausländischen vereinbarungswidrigen Verfahrens (F 2) in Deutschland. Das deutsche Gericht verurteilt also nicht zur Unterlassung der drohenden oder Zurücknahme der erhobenen ausländischen Klage (F 1). Doch kontrolliert deutsches Prozeßrecht die Auswirkungen des ausländischen Rechtsstreits in Deutschland. Demnach ist die Anerkennung des ausländischen Urteils (F 1) ausgeschlossen, wenn ein deutsches (Schieds-)Gericht ausschließlich zuständig ist. Die Rechtshängigkeit des Rechtsstreits im Ausland (F 1) gibt dem dortigen Kläger (F 1) auch keine Einredebefugnis gegen eine Klage des Gegners vor dem deutschen vereinbarten (Schieds-)Gericht (F 2) über denselben Streitgegenstand.

---

1) Wach, Handbuch, S. 219 ff.; Walker, Streitfragen, S.24; Riezler, IZPR, S. 89; Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S. 75 (vgl. auch seine Literaturhinweise S. 58 FN 162).
2) § 237 KO, dazu BGH, LM Nr. 2 .
3) Dazu Lichtenstein, NJW 1964, S. 1208 .

Will man dieses Ergebnis mit den Begriffen der Konkurrenz erfassen, so ist nicht nur zu prüfen, ob ein prozessuales Gestaltungsrecht die verpflichtende Wirkung verdrängt. Deren subsidiäre Geltung ist darüber hinaus noch an den spezielleren Normen des IZPR zu messen.[1] Der internationale Bezug, bei dem das prozessuale Gestaltungsrecht versagt, ist also kein Tatbestandsmerkmal für die Geltung der subsidiär verpflichtenden Wirkung. Es ist auch nicht nötig, diesen Anspruch in Form einer Naturalobligation oder als Rechtspflicht, als Schuld ohne Haftung[2] bestehen zu lassen, um mit seiner Hilfe die Wirkungen ausländischen prozessualen Verhaltens in Deutschland abzuwehren. Das Gesetz geht hier nicht den Weg der umständlichen obligatorischen Regelung, die dem Gegner über eine exceptio doli entgegenzusetzen wäre, sondern spricht dem ausländischen Rechtsstreit oder dem ausländischen Urteil unmittelbar jegliche Wirkung in Deutschland ab. Der ausländische Kläger ist nicht verpflichtet, sich nicht in Deutschland auf die Rechtshängigkeit oder das Urteil (F 1) zu berufen. Die Rechtshängigkeit wirkt vielmehr in Deutschland nicht, und das Urteil ist nicht anzuerkennen (§ 328 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO).

Der Grundsatz der territorialen Beschränkung rechtfertigt sich durch eine Überprüfung der Interessen. Im internationalen Recht, sei es das IPR oder IZPR, sind nicht nur die Interessen der beteiligten Parteien, sondern auch die Ordnungsinteressen der in einem Fall berührten Staaten zu berücksichtigen.[3] Der Konflikt dieser Ordnungsinteressen ist auf dem Boden der Gleichwertigkeit der betroffenen Rechtsordnungen zu

---

1) Ähnlich wie Hopt, Schadensersatz, S. 301 f. den Anspruch aus unerlaubter Handlung (auf Unterlassung oder Rücknahme) durch die spezielleren Zuständigkeitsnormen ausschließen will, s. oben S. 33.
2) Siber, JheringsJb. Bd. 50, S. 64, 76.
3) Kegel, IPR, S. 32 ff.; P.M. Gutzwiller, Schw Jb. f. intern. Recht Bd. 25, S. 166.

lösen. Die prinzipielle Gleichwertigkeit der verschiedenen Privatrechtsordnungen wird im internationalen Privatrecht anerkannt.[1] Aber auch im IZPR sind die ausländischen Gerichte und Prozeßordnungen den deutschen Gerichten und der deutschen Zivilprozeßordnung gleichwertig zu erachten.[2] In diesem Geist handelnd sollten die deutschen Gerichte (F 2) auch nicht im indirekten Zugriff auf die am ausländischen Rechtsstreit Beteiligten korrigierend in den Ablauf dieses Rechtsstreites (F 1) eingreifen. Erheischt allerdings eine Partei Berücksichtigung des ausländischen Verfahrens (F 1) in Deutschland, dann muß sie sich die Korrektur des deutschen Rechts gefallen lassen. Diese Differenzierung wird durch den Grundsatz der territorialen Begrenzung erreicht. Er gilt allerdings dann selbstverständlich nicht, wenn das deutsche Recht nicht aufgrund einer deutschen Kollisionsnorm anzuwenden ist, sondern eine ausländische Kollisionsnorm auf deutsches Recht rückverweist.

3.5 Die Qualifikation der prozessualen Gefährdungshaftung

Die Überlegungen, die zu der Qualifikation der Vereinbarungen über prozessuale Beziehungen angestellt wurden, sind auch für die Anspruchsgrundlage der Gefähr-

---

1) Dölle, Beitr. zum bürg. Recht, S. 91.
2) Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art. 7, Rdnr.305; Bauer, Compétence, S. 32 ff.; Roth, Der Vorbehalt, S. 14; Pollak, GrünhutsZ Bd 18, S.76 geht weiter und will aus dem Postulat der Gleichwertigkeit die alleinige Anwendung ausländischen Rechts bei einer ausschließlichen Prorogation auf ein ausländisches Gericht rechtfertigen. Dies ist im deutschen Recht wegen § 328 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO nicht vertretbar; s. auch Neuner, Intern.Zuständigkeit, S. 39 ff. Er beschränkt die Gleichwertigkeit auf die Prorogation, da die Schiedsgerichtsbarkeit als Annex des materiellen Rechts nach seiner Auffassung geringere Qualität genießt.

dungshaftung verwertbar. Die aus dieser erwachsenen Ansprüche finden ihre Daseinsberechtigung in der Ausprägung des Instituts der vorläufigen Vollstreckbarkeit. Dadurch sind auch sie funktionell dem Prozeßrecht zugeordnet. Denn, gekoppelt mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit, ersetzen sie eine besondere Regelung der Rechtsmittelzulassung.

Die lex fori-Regel ist auf sie, auch als prozeßrechtliche Ansprüche, nicht anwendbar. Denn das sie betreffende Prozeßrecht ist Beurteilungs-, nicht Verfahrensrecht. Sachgerecht wird an das Vollstreckungsverhältnis[1] angeknüpft. Dieses ist dort belegen, wo vollstreckt wird. Bei Vollstreckung in Sachen ist dies der Ort der Belegenheit der Sache. Bei Vollstreckung in Forderungen ist dies der Ort, wo auf den Drittschuldner eingewirkt wird.[2] Soll die Vornahme oder Unterlassung von Handlungen erzwungen werden, so wird vollstreckt an dem Ort, wo der Zwang ausgeübt wird. Dieser äußert sich in der Haft oder dem Erlaß und der Vollstreckung einer Beugestrafe.

Nach dieser Kollisionsregel sind die Ansprüche aus Gefährdungshaftung auf die Fälle vorläufiger Vollstrekkungen in Deutschland beschränkt.

Gleichwohl ist das Ergebnis nicht verschieden, wenn das Verhalten des vollstreckenden Gläubigers (F 1) den Kollisionsregeln des Rechts der unerlaubten Hand-

---

1) Das Vollstreckungsverhältnis ist eine besondere Ausformung des Prozeßrechtsverhältnisses, vgl. Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 3, der allerdings mit diesem Begriff nur die Beziehung zwischen den Parteien erfaßt. Im übrigen spricht er von "Antrags-" und "Eingriffsverhältnis".

2) Im Regelfall der Wohnsitz des Schuldners, BGH, LM Nr.11 zu Art. 7 EGBGB, unter Bezugnahme auf § 23 S. 2 ZPO.

lung unterstellt wird,[1] wenn dort an den Schwerpunkt dieser unerlaubten Handlung angeknüpft wird.

Über die sachgerechte Anknüpfung im Kollisionsrecht der unerlaubten Handlung herrscht im In- und Ausland Streit.[2] Die deutsche Rechtsprechung läßt die Alternativanknüpfung an den Handlungs- und Erfolgsort zu.[3] Bei unterschiedlich belegenen Teilhandlungen oder Teilerfolgen kann noch an die verschiedenen Orte dieser angeknüpft werden. So ist möglicherweise ein Recht auf die Tat anzuwenden, das mit dieser nur in einem zufälligen äußeren Zusammenhang steht. Diese Kritik war insbesondere auch gegen die Entscheidung des Reichsgerichts im Fall der lettischen Scheidung zu richten.[4] Selbst wenn die Zustellung einer Klage oder eines Urteils in einem ausländischen Prozeß (F 1) im Wege der Rechtshilfe in Deutschland betrieben sein sollte, so ist doch diese notwendige Zustellung nicht ein so wesentlicher Teil des Verfahrens, der die Anwendung deutschen Rechts rechtfertigte.[5] Der Schwerpunkt des Handelns[6] und des Erfolges bleibt im Regelfall[7] an dem Ort des Rechtsstreits bzw. an dem Ort der Vollstreckung. Das Recht dieses Ortes ist auf die Handlung und ihre Fol-

---

1) diese Qualifikation gilt für die Gefährungshaftung im allgemeinen, BGHZ 23, S. 67.
2) Bröcker, Möglichkeiten, S. 3 ff. mit Nachweisen.
3) BGH, NJW 1964, S. 2012; grundsätzlich hiergegen Kropholler, RabelsZ Bd.33, S. 649.
4) s. oben S. 71.
5) vgl. auch Kegel, IPR, S.240 zur Bestimmung des Tatorts bei Brief-, Presse-, Rundfunk- und Fernsehdelikten. Auch dort muß der Schwerpunkt der Ursachenkette gefunden werden, der mit der Sanktion in einem inneren Zusammenhang steht. Hierbei wird auf den Ort der Aktivität des Tägers abgestellt.
6) Bröcker, Möglichkeiten, S. 63 f.
7) Bröcker, Möglichkeiten, S. 91, Kropholler, RabelsZ Bd.33, S. 651 suchen den Ansatz in der Bildung typischer Fallgruppen, für die die Anknüpfung zu bestimmen ist. Eine dieser Fallgruppen müßte das Prozessieren im Ausland sein.

gen anzuwenden.[1)]

Solange die Rechtsprechung an dieser Zufallsanknüpfung festhält, werden die Ansprüche aus der Gefährdungshaftung sinnvollerweise für das Kollisionsrecht prozeßrechtlich qualifiziert. Da die Systematik materielle Ansprüche des Prozeßrechts nicht ausschließt[2)], muß insoweit auch die Einheitlichkeit der Qualifikation nicht geopfert werden. Vertritt man jedoch im Kollisionsrecht der unerlaubten Handlung die Anknüpfung an den Schwerpunkt der Tat, so gibt der kollisionsrechtliche Zweck nicht den Ausschlag der Qualifikation. Sie kann sich dann durchaus nach den Ergebnissen der Systematik des deutschen Sachrechts richten.[3)]

Dort ist die Qualifikation allerdings alles andere als eindeutig, obwohl die Ansprüche von der herrschenden Meinung[4)] schuldrechtlich eingeordnet werden. Einerseits sollen diese Ansprüche eine unrichtige Prozeßlage korrigieren. Auf der anderen Seite dienen sie aber auch der Wiederherstellung einer nach dem Urteil des materiellen Rechts unrichtigen Vermögenseinbuße. Beide Zwecke sind miteinander verquickt. Trotz des zweifellos bestehenden materiellrechtlichen Haftungsgrundes ist die prozeßrechtliche Qualifikation vorzuziehen. Denn nur über diese kann die einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung von Schadensersatzanspruch und Bereicherungsanspruch kollisionsrechtlich erklärt werden, obwohl beide, zugeschnitten auf die deutsche Gerichtsverfassung, zu unterscheiden sind.[5)]

---

1) Görres, ZZP Bd. 35, S. 380.
2) s. oben S. 101 f.
3) Kropholler, s. oben S. 79FN2 stellt deshalb allein auf die Anknüpfung ab.
4) s. oben S. 26 FN 5.
5) zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Bereicherungsansprüche s. RG, HRR 1930, Nr. 1448, zustimmend Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art. 7, Rdnr. 335. Diese Entscheidung erweckt Bedenken. Eine eingehende Auseinandersetzung mit ihr ist jedoch nicht möglich, da der Sachverhalt nicht mitgeteilt ist. Beachtlich Henckel, Prozeßrecht, S. 26, nach dem § 717 Abs. 3 ZPO nur für den Umfang,
(Forts. S. 116).

Die funktionelle Qualifikation triumphiert auch hier über die rechtstechnische Einzelregelung.[1)]

3.6 Die Qualifikation der unerlaubten Handlung

Ansprüche aus unerlaubtem prozessualem Verhalten können sich auf unterschiedliche Sachverhalte stützen. Es wurde schon mehrmals[2)] die unerlaubte Verfahrenseinleitung von der unerlaubten Einzelmaßnahme innerhalb eines Verfahrens unterschieden.

Der Anspruch aus unerlaubter Einleitung eines Verfahrens läßt sich nicht funktionell einem Prozeßrechtsverhältnis zuordnen. Er tritt nicht an die Stelle einer spezifisch prozessualen Befugnis, die Einleitung eines Verfahrens zu verhindern. Dem Anspruch entspricht vielmehr eine Verpflichtung des Klägers, die Einleitung des Verfahrens überhaupt zu unterlassen. Der Anspruch zielt nicht auf die Regelung einer Rechtslage innerhalb des Prozeßrechtsverhältnisses, sondern darauf, daß ein Prozeßrechtsverhältnis nicht begründet werde.[3)]

Dem Anspruch gegen die unerlaubte Verfahrenseinleitung ähnelt insoweit der oben besprochene Anspruch aus Prorogation oder Schiedsvertrag, nicht vor den ausgeschlossenen Gerichten zu klagen. Dort hinderte allerdings die Tatsache, daß der Anspruch auf Verhinderung des Prozeßrechtsverhältnisses gerichtet ist, nicht, ihn dennoch funktionell auf das zu verhindernde Prozeßrechtsverhältnis zu beziehen und deshalb die Anspruchsgrundlage prozeßrechtlich zu qualifizieren.

---

1) ebenso Meili, ICPR, Bd.1, S.129; Neuhaus, RabelsZ Bd.20, S. 237.
2) s. oben S.31, 63.
3) ähnlich Henckel, Prozeßrecht, S. 293.

Forts. v. S. 115 FN 5:
nicht jedoch für den Grund des Anspruchs auf Bereicherungsrecht beruht. Diese Auffassung macht den Weg frei für eine einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung beider Ansprüche (Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch).

Zwischen den beiden Ansprüchen, dem aus Vereinbarung und dem aus unerlaubter Verfahrenseinleitung, besteht jedoch der wesentliche Unterschied, daß die Prorogation oder die Schiedsabrede die Begründung eines Prozeßrechtsverhältnisses an sich nicht ausschließen, sondern die Wahl des Gerichtes, vor dem das Prozeßrechtsverhältnis begründet werden soll, einschränken.[1] Der Anspruch gegen die unerlaubte Verfahrenseinleitung richtet sich darüber hinaus gegen die Begründung eines Prozeßrechtsverhältnisses überhaupt, vor welchem Gericht auch immer, wenn und solange nur durch die Einleitung ein in § 823 Abs. 1 BGB genanntes Rechtsgut oder ein Schutzgesetz des § 823 Abs. 2 BGB verletzt wird. Der Verletzte wehrt sich dagegen, überhaupt in einen Rechtsstreit hineingezogen zu werden. Vereinfacht ausgedrückt ließe sich sagen, daß das Prozeßrechtsverhältnis im Fall der unerlaubten Verfahrenseinleitung nicht Regelungsgegenstand, sondern nur anspruchsbegründendes Tatbestandselement ist.[2]

Der Fall einer unerlaubten Verfahrenseinleitung ist dann zu bejahen, wenn der Kläger mit dem Verfahren ausschließlich oder überwiegend außerprozessuale Ziele verfolgt. Ein denkbarer Sachverhalt ist eine Klage, deren Ausgang den Kläger nicht interessiert, weil er sie nur oder vorwiegend zum Zweck der Rufschädigung erhoben hat. Der hieraus möglicherweise entstehende Anspruch dient der Regelung der über den Prozeß hinaus-

---

1) Daß Schiedsvertrag und Prorogation verschiedene Prozeßrechtsverhältnisse im Auge haben, wurde oben S. 94 ff. begründet. Ausgenommen ist allein der Fall der Verweisung eines Rechtsstreits. Dasselbe Prozeßrechtsverhältnis wird vor dem Gericht, an das verwiesen wird, fortgeführt. Die Mehrzahl der Prozeßrechtsverhältnisse darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich um dieselbe Beziehung zwischen den Parteien, nur in einem anderen Zusammenhang, handelt.

2) Insoweit richtig Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 172.

reichenden Beziehungen der Parteien. Diese Ansprüche können deshalb nicht prozeßrechtlich qualifiziert werden. Sie fallen unter das Kollisionsrecht der unerlaubten Handlung.

Zur Rechtswahl ist wiederum an den Schwerpunkt der Tat anzuknüpfen. Dieser dürfte auch hier im Regelfall am Ort des Hauptprozesses liegen.[1] Deutsches Recht ist deshalb nur bei der Einleitung eines Prozesses vor deutschen Gerichten anzuwenden.[2] Ausnahmsweise gilt dies jedoch nicht, wenn die Einleitung eines Verfahrens die Schädigung in einem anderen Staat bewirken soll. In diesem Fall erhalten Handlungsort und Schadensort nach den Absichten des Schädigers gleiches Gewicht. Das Recht des Ortes des Hauptprozesses (F 1) und das Recht des Ortes, an dem der Schaden beabsichtigt ist, sind alternativ anwendbar.[3]

Das unerlaubte Verhalten innerhalb eines Rechtsstreits ist Teil dieses Rechtsstreits. Die Sonderbeziehung des Prozeßrechtsverhältnisses gibt dem Anspruch das Gepräge.[4] Der Anspruch ist als ein Teil der Regelung des Prozeßrechtsverhältnisses anzusehen. Aus die-

---

1) ebenso Meili, s. oben S. 116 FN 1, der jedoch weitergehend auch diese Ansprüche prozeßrechtlich qualifiziert.

2) unklar BGHZ 14, S. 286 (Farina), 290: "Sie (scil. die Beklagten, F 1) haben ein Rechtsschutzinteresse daran, die Beklagte (F 2) durch deutsche Gerichte zur Einhaltung dieser Bindungen in Deutschland (Herv.v.mir) anzuhalten." Es bleibt offen, ob sich "in Deutschland" auf "Bindungen" oder "anzuhalten" bezieht, vgl. zu diesem Urteil unten S. 140 FN 3.

3) Im deutschen Kollisionsrecht gilt die Auffassung, der Erfolgsort sei nur der Ort, wo das geschützte Rechtsgut verletzt werde. Wo der Schaden entstehte, gelte gleich (Kegel, IPR, S.240; Schneeweiss, Das Verhältnis, S.65). Mit Recht hat sich Bröcker, Möglichkeiten, S. 127 ff., 167 ff. kritisch gegen diese Einschränkung gewandt für die Fälle, in denen sich das Rechtsgut nicht lokalisieren läßt (s. unten S. 123, 124). Es ist nicht einzusehen, daß der Ort des beabsichtigten Schadens bei der Anknüpfung keine Rolle spielen soll. Der Verletzer verknüpft in diesem Fall doch wissentlich seine Tat mit dem Ort des Schadenseintritts.

4) Ähnlich Kropholler, RabelsZ Bd.33, S.626, allerdings nur im Rahmen der akzessorischen Anknüpfung ohne Folgerungen für die Qualifikation, vgl. oben S. 79 FN 2.

sem Grund ist es berechtigt, das Prozeßrechtsverhältnis als Anspruchsgrundlage zu bezeichnen.[1)]

Dies schließt jedoch nicht aus, daß die unerlaubt handelnde Partei ebenfalls Zwecke verfolgt, die über den Prozeßzweck, nämlich eine ihr günstige Entscheidung zu erhalten, hinausgehen. In diesem Fall wird man das Verhalten sowohl dem Prozeßrecht wie auch dem Recht der unerlaubten Handlung unterwerfen können.[2)] Es sind dann sowohl die Kollisionsregeln des IZPR wie die des Rechts der unerlaubten Handlung anzuwenden. Sie dürften im Regelfall auf dasselbe Recht, nämlich das Recht am Orte des Hauptprozesses (F 1) verweisen. Nur für den Fall, daß der außerprozessuale Schaden in einem anderen Staat angestrebt wird, ist alternativ auch das Recht dieses Ortes anwendbar.

Ist der prozeßfremde Schaden in Deutschland beabsichtigt, so ist das deutsche Recht der unerlaubten Handlung anzuwenden. Infolge dieser Verweisung auf das deutsche Recht wird dann die Streitfrage akut, ob und in welchem Umfang derartige Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen prozessuales Verhalten zu bejahen sind.[3)]

Prozeßfremde Zwecke lassen sich nur in den seltensten Fällen klar von prozessualen Zwecken trennen. Für die Masse der Prozesse ist der Satz richtig, daß der Rechtsstreit um der Entscheidung willen angestrengt und geführt wird. Deshalb werden zu Recht Bedenken gegen die Tendenzen im Schrifttum erhoben, die Motive und das Verhalten der Parteien zum Ausgangspunkt von Schadensersatzansprüchen zu machen.[4)] Die Konsequenz

---

1) s. oben S.34 .
2) s. Henckel, Prozeßrecht, S. 298 und öfter, der für das Sachrecht darauf abstellt, ob der Schaden durch Verfahrensregeln abgewendet werden kann .
3) s. oben S.31 ff.
4) Ferid, Beitr.zum bürg.Recht, S.556 f.; Bedenken gegen Hopt, s. oben S.32 f., auch bei Palandt-Thomas, BGB, § 826, Anm. 8 n.

solcher Ansprüche wäre, daß die Freiheit, sich der vom Staat zur Verfügung gestellten Entscheidungsverfahren zu bedienen, eingeschränkt würde. Der Zugang zu den Gerichten muß aber ohne Abschreckung gewährleistet bleiben. Eine Rechtsgutverletzung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB führt deshalb in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung[1] nicht zu einer Ersatzpflicht, weil das Verhalten der Partei im Regelfall durch die Freiheit des Zugangs zu den Gerichten gerechtfertigt ist. Wo sich aber die primäre Verfolgung eines prozeßfremden Zwecks nachweisen läßt, wird man einen Fall des § 826 BGB bejahen dürfen.[2] Die Argumente der Gegner[3], die diesen Schutz erweitern wollen, überzeugen nicht. Begründet ist zwar die Kritik, daß der BGH gegen unbegründete Klagen aus einem angeblichen gewerblichen Schutzrecht einen Anspruch zulasse, diesen jedoch für die Einleitung anderer Verfahren verneine.[4] Hierin liegt eine augenfällige Inkonsequenz.[5] Diese Kritik kann aber eine Begründung nicht ersetzen.

Die Begründung muß an der Schwierigkeit scheitern, das gerechtfertigte vom nicht gerechtfertigten prozessualen Handeln abzugrenzen. Infrage käme nur eine Kasuistik, die eine Rechtsunsicherheit nach sich zöge,

---

1) s. oben S. 31 f.
2) Ferid, a.a.O.; Henckel, Prozeßrecht, S. 301.
3) s. oben S. 32 FN 1.
4) s. oben S. 31 f.
5) Nach Henckel, Prozeßrecht, S. 300 ist nicht die Klage, sondern nur die vorhergehende Verwarnung unerlaubte Handlung. Eine Unterlassungsklage aus dem nicht vorhandenen Schutzrecht ohne vorherige Verwarnung wäre demnach keine unerlaubte Handlung. Diese Auffassung kann BGHZ 14, S. 286 (288 ff.) nicht entnommen werden, wie Henckel selbst, a.a.O., FN 203 erkennt. Die Unsicherheit des BGH ergibt sich vielmehr aus seinen Zweifeln über die Zulässigkeit eines Eingriffs in die ausländische Gerichtsbarkeit, vgl. unten S. 140 FN 3.

die die Unbilligkeit einiger über § 826 BGB nicht korrigierbarer zweckentfremdeter Prozesse weit überwiege.[1] Die Identität der Streitgegenstände als Abgrenzungsmerkmal [2] ist zwar ein möglicher Ansatz, Sachverhalte unter dem Gesichtspunkt der Spezialität des Hauptverfahrens dem Tatbestand der unerlaubten Handlung zu entziehen. Dieser Spezialität fehlt jedoch der innere Grund für die Rechtfertigung des Verhaltens in dem angeblich spezielleren Hauptprozeß.

---

1) Auch der großangelegte Versuch Hopt's, Schadensersatz, durch Rechtsvergleichung zu begründen, daß es möglich sei, aus der Kasuisitik praktikable Verhaltensregeln zu entwickeln, ist fragwürdig. Insbesondere seine Berufung auf die franz. Rspr. überzeugt nicht. Wie er selbst mitteilt (S.99) hat die franz. Cour de cassation alle Mühe, eine vernünftige Linie bei den Untergerichten durchzusetzen. Dies gibt zu denken. Allerdings ist eine abschließende Kritik nicht möglich. Es bedürfte hier einer eingehenden Rechtstatsachenforschung. Es müßte ermittelt werden, wieviele solcher Schadensersatzprozesse aus mißbräuchlicher Verfahrenseinleitung anhängig werden, wieviele Erfolg haben, wieviele an das Kassationsgericht gelangen und dort aufgehoben werden. Die ermittelten Zahlen müßten untereinander und zur Gesamtzahl der Zivilprozesse in Beziehung gesetzt werden, um eine Aussage über die Wirkung der Schadensersatzansprüche zuzulassen.

2) H.J. Hellwig, NJW 1968, S. 1072.

Im übrigen bliebe dann für den ausländischen Hauptprozeß (F 1) immer noch die Frage, nach welchem Recht die Rechtswidrigkeit des prozessualen Verhaltens zu beurteilen ist.[1] Da sich, wie ausgeführt, prozeßfremde Zwecke nicht ohne weiteres abgrenzen lassen, können sie auch nicht Verhaltensregeln unterworfen werden, die im Hinblick auf einen deutschen Prozeß entwickelt wurden. Die Regelung der Rechtswidrigkeit des Hauptprozesses müßte also unter allen Umständen dem Recht von F 1 vorbehalten bleiben (Sonderanknüpfung). Der Regelung des deutschen Rechts bliebe allenfalls überlassen, den Kreis der geschützten Rechtsgüter[2] und im Fall eines Schadensersatzanspruchs, den Verschuldensmaßstab, sowie den Umfang der Ersatzpflicht zu bestimmen.[3] Nur so wäre, unabhängig von der Qualifikation, der Grundsatz der territorialen Beschränkung des Prozeßrechts gewahrt.

3.7 Ansprüche aus § 826 BGB

3.7.1 Lösung des Falls der lettischen Scheidung (RGZ 157,S.136)

Unter Billigung der einhelligen Meinung[4] gab das Reichsgericht[5] diesen Anspruch im Fall der lettischen Scheidung. Das Reichsgericht qualifizierte das Verhalten des Ehemanns als unerlaubte Handlung und knüpfte an die Zustellung der Ladung in Deutschland an, um deutsches Recht anzuwenden. Die Anknüpfung an diesen Vorgang in Deutschland wurde schon mehrfach kritisiert.[6] Dennoch ist die Entscheidung haltbar.[7] Die richtige

---

1) s. oben S. 64.
2) Diese lösen sich bei den sog. offenen Tatbeständen ihrerseits in Gebote und Verbote auf. Die Rechtswidrigkeit bestimmt also erst die Tatbestandsmäßigkeit, vgl. BGHZ 35, S.329 (Kindersaugflaschen). Hierzu zählt auch das Rechtsgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.
3) s.oben S. 64.
4) s.oben S. 63 FN 1 und Ferid, Beitr.zum bürg.Recht,S.557. Einzig die Ansprüche gegen rechtskräftige inländische Entscheidungen sind umstritten, s.oben S.28 f. Zu Ansprüchen aus § 826 BGB gegen arglistig erschlichene oder ausgenutzte ausländische Urteile s. St-J-Schumann/Leipold, ZPO, § 328, Anm. I a FN 2o.
5) s.oben S.61 FN 1.
6) s.oben S.71, 114.
7) Die Entscheidung ist im Endergebnis allerdings zweifelhaft, nachdem die Reform des Scheidungsrechts in

(Forts. S. 123)

Anknüpfung liegt jedoch in einem anderen Punkt, der vom Reichsgericht ebenfalls berührt wurde. Die Scheidung in Lettland hätte für die Ehefrau, international betrachtet, einen gespaltenen Personenstand zur Folge gehabt. Nach § 328 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO wäre zwar die lettische Scheidung in Deutschland nicht anerkennungsfähig gewesen, die Ehe zwischen den Parteien hätte in Deutschland weiter bestanden. Doch hätten die Parteien in Lettland und möglicherweise in anderen Staaten als geschieden gegolten. De iure berührte die Scheidung Deutschland zwar nicht; de facto war jedoch die Ehe als ein territorial nicht aufspaltbares Verhältnis sehr wohl betroffen. Gesellschaftlich hätte die Scheidung durch ein ausländisches Urteil Rückwirkungen auf die Stellung der Ehefrau im Inland haben können.[1] Die Scheidung konnte sich de iure ebenfalls auf die Ehefrau auswirken, wenn sie in ein entsprechendes Land reisen wollte. Nach der Auffassung des Reichsgerichts ist der Personenstand letztlich unteilbar. Der Anspruch aus § 826 BGB dient dazu, hinkende Ehen abzuwenden. Da einer der betroffenen Ehepartner sowohl seinen Wohnsitz in Deutschland als auch die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, war die Ehe, deren Scheidung in Lettland begehrt wurde, ebensogut in Deutschland wie in Lettland belegen. Ein Vorrang des lettischen Rechts ließ sich nicht feststellen. Das Reichsgericht konnte deshalb, da es sich um einen Fall der Verfahrenseinleitung handelte, privatrechtlich qualifizieren und den Schwerpunkt der Beziehungen der Parteien in Deutschland sehen.[2] Demnach war deutsches Recht anzuwenden.

---

1) Dies konnte der Verfasser bei in Argentinien unwirksamen Scheidungen argentinischer Ehepaare durch ein Urteil eines Gerichts Uruguay's oder Mexiko's beobachten. Zur Rechtslage s. Lazcano, Derecho internacional privado, S. 284 ff.

2) ebenso wohl Bröcker, Möglichkeiten, S. 191.

Forts. v. S. 122 FN 7:
Deutschland unmittelbar bevorstand (s.oben S. 63 FN 2). Denn das Ergebnis des anzuerkennenden Urteils muß gegen den ordre public verstoßen, nicht das Zustandekommen, vgl.auch KG, JW 1937, S.1977 zur einverständlichen Scheidung in Riga.

3.7.2 Ansprüche aus § 826 BGB gegenüber arglistigem Verhalten innerhalb eines ausländischen Prozesses

Über diese Entscheidung hinaus ist zu prüfen, ob § 826 BGB auch Ansprüche gegen sittenwidriges innerprozessuales Verhalten in ausländischen Prozessen (F 1) gewährt und, bejahendenfalls, wie die Anspruchsgrundlage zu qualifizieren ist.

Die Untersuchung der Vereinbarungen als Anspruchsgrundlage ergab, daß die dort möglicherweise erwachsenden Verpflichtungen, soweit deutsches Recht anzuwenden ist, nicht entstehen, zumindest aber nicht durchsetzbar sind. Dies entspricht in vielen Fällen, rechtspolitisch betrachtet, einer richtigen Abwägung der Privat- und Ordnungsinteressen. Nun sind aber andererseits Fälle denkbar, in denen die Umstände es erfordern, daß eine Vereinbarung zwischen den Parteien durchgesetzt werde. Als Beispiel möge der Fall dienen, daß zwei Parteien einen Vertrag schließen und die Anwendung deutschen Rechts sowie die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts vereinbaren. Eine der Parteien hat sich nur durch diese letzteren Bestimmungen zum Abschluß des Vertrages bereitgefunden. Die Gegenpartei hatte jedoch schon bei Abschluß des Vertrages die Absicht, einen Prozeß in einem ausgeschlossenen Gerichtsstand (F 1) zu führen, um das deutsche Recht zu umgehen. Die Umgehung glückt, was die Gegenpartei aufgrund besserer Rechtskenntnis einberechnet hatte. [1] Der Mentalvorbehalt schadet der Vereinbarung nicht. Sie bindet und ist mit Wirkung in Deutschland ohne weiteres durchsetzbar. Hinzu kommt jedoch ein arglistiges Verhalten der Gegenpartei. Diese Arglist führt zur Sittenwidrigkeit.[2]

---

1) Die Methode der Bekämpfung der Gesetzesumgehung im Bereich des deutschen Rechts ist umstritten. Eine Richtung will der Umgehung durch einschränkende Auslegung der Kollisionsnorm den Erfolg versagen, Kegel, IPR, S.169. Die Gegenmeinung sucht die Lösung über den ordre public, Dölle, IPR, S.65; Szászy, Intern. Civil Procedure, S.194 ff., 199.

2) Dölle, IPR, S. 66; ebenso wohl Riezler, IZPR, S.331 f. trotz prinzipieller Trennung von Gesetzesumgehung und ordre public (s.vorige FN).

§ 826 BGB steht in einer Reihe mit anderen Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB, Art. 30 EGBGB, § 328 Abs.1 Ziff. 4 ZPO).[1] Diese Generalklauseln beinhalten zwei Regelungen.[2] Sie dienen einmal als Blankettvorschriften für die Entwicklung neuer Einzelregelungen,[3] die möglicherweise zur Überprüfung und Neuformulierung der bekannten Systematik führen. Diesen Inhalt haben insbesondere § 242 BGB und Art. 30 EGBGB.[4] § 826 BGB ist für diesen Zweck der Bildung neuer Normen weniger geeignet, da sein Anwendungsbereich durch die hohe Anforderung an den subjektiven Tatbestand eingeschränkt ist. Allen Generalklauseln kommt jedoch darüber hinaus der Zweck zu, atypische Fälle, die im System nicht sinnvoll einzuordnen sind, ohne das Verhältnis von Regel und Ausnahme umzukehren, frei von systematischem Zwang gerecht zu lösen.[5] Die Generalklauseln beherrschen als Rechtsgrundsätze in dieser Funktion die gesamte Rechtsordnung, also auch das prozessuale Verhalten einer Partei.

Das Verfahren, Fälle, die systematisch nicht sauber zu erfassen sind, über § 826 BGB gerecht zu lösen, darf jedoch nicht dazu führen, ein unhaltbares System zu retten. Dies wäre der Fall, wenn die strengen Voraussetzungen des subjektiven Tatbestandes von § 826 BGB[6] aufgeweicht würden, und sittenwidrig oder arglistig alles bezeichnet würde, was z.B. einer Vereinbarung

---

1) RGZ 166, S. 117; Dölle, IPR, S. 80 zur Verwandtschaft von § 242 BGB und Art. 30 EGBGB; Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 51 zum Zusammenhang von § 242 und § 826 BGB.
2) grundsätzlich Wieacker, a.a.O., S.6,16,20 ff. und öfter; s. auch Steindorff, Summum Ius, S. 65 ff.
3) Kegel, IPR, S.230; Wiethölter, Zur Frage des intern. ordre public, S. 140; Larenz, Methodenlehre, S. 349 f.; Vischer, Germann-Festschrift, S.299; a.A. für Art.30 EGBGB wohl v. Heymann, ordre public, S. 162.
4) für Steindorff, Sachnormen, S.34 ist Art.30 EGBGB gar ein Instrument zur Umformung von Kollisionsnormen in Sachnormen des IPR.
5) so insbes. Dölle, Beitr.zum bürg.Recht, S.91 ff., 98 für den ordre public.
6) zu diesen Palandt-Thomas, BGB, § 826, Anm.3.

über prozessuale Beziehungen widerspricht.[1] Wer also den Grundsatz der territorialen Begrenzung oder die Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen nicht ernst nimmt, sollte aufgrund seiner Wertung den Anspruch in der Vereinbarung verankern und allenfalls dem Verpflichteten für den Ausnahmefall die Einrede der Arglist gegen eine Ausübung dieses Anspruchs gewähren. Die Anwendung von § 826 BGB muß streng auf die Fälle arglistigen Handelns beschränkt werden. Zu Recht sind deshalb für die Partei, die sich auf diese Vorschrift beruft, die Beweisanforderungen nur schwer zu erfüllen.[2]

Die Vereinbarung ist im Fall arglistigen und sittenwidrigen Handelns nicht Anspruchsgrundlage, sondern nur notwendiger, aber nicht ausreichender Bestandteil eines anderen Tatbestandes, d.h. § 826 BGB. Nur dieser ist Anspruchsgrundlage.

Die Fallgruppe der arglistigen Umgehung von prozessualen Vereinbarungen ist nicht der allein denkbare Gegenstand der Regelung des § 826 BGB. Jedes arglistige und sittenwidrige Verhalten im Rahmen eines im Ausland belegenen Prozeßrechtsverhältnisses kann unter § 826 BGB fallen.

Fraglich ist, ob der Anwendungsbereich von § 826 BGB dadurch eingeengt wird, daß im Rahmen einer privatrechtlichen Qualifikation der Schwerpunkt der Tat an dem Ort des Hauptprozesses (F 1) angesiedelt wird. Für diesen Fall wäre das Recht dieses Ortes (F 1) auf die Arglistbekämpfung anzuwenden.[3]

Dies setzte voraus, daß der Schwerpunkt der Sachverhalte, die arglistiges Handeln enthalten, tatsächlich

---

1) vgl. Palandt-Thomas, BGB, § 826, Anm. 8 r.
2) Siebert, Verwirkung, S. 110.
3) so Meili, ICPR, Bd. 1, S. 129.

am Prozeßort (F 1) zu lokalisieren ist. Dies ist nicht der Fall. Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung haben zwei Zielrichtungen.[1] Sie dienen der Abschreckung und dem Ausgleich von erfolgsbedingtem Handlungsunrecht.[2] Die einzelnen Tatbestände verteilen aber die Gewichte verschieden auf Handlung und Erfolg. Zwar setzen alle Ansprüche einen (mindestens drohenden) Schaden, also einen Erfolg, voraus. Die Erfolgsbestimmtheit des Handlungsunrechts ist in § 823 Ab. 1 BGB am stärksten. Diese Vorschrift greift einige Rechtsgüter heraus, denen besonderer Schutz zukommen soll. Die Verletzung dieser Güter indiziert das Handlungsunrecht.[3] Der Verletzer muß sich durch einen besonderen Grund rechtfertigen. Der Erfolg als Tatbestandsmerkmal hält daher dem Handlungsunrecht mindestens die Waage. In § 823 Abs. 2 BGB verschiebt sich das Gewicht zur Handlung hin. Schutzbereich ist das Vermögen, doch bedarf es der Verletzung eines besonderen Schutzgesetzes. Das geschützte Vermögen bleibt aber immer noch dadurch eingegrenzt, daß sich der Schutzzweck der verletzten Norm gerade auf den geschädigten Vermögensteil beziehen muß.[4] In § 826 BGB erhält jedoch die Bekämpfung des Handlungsunwerts eindeutig Übergewicht.[5] Der Schaden ist zwar auch Tatbestandsvoraussetzung. Doch tritt er dem Normzweck nach in den Hintergrund. Das Handlungsunrecht gibt der Vorschrift ihr Gepräge. Die Arglist steht im Vordergrund. Der Vermögensschaden ist auslösender Faktor für den Schadensersatzanspruch, weil das deutsche Recht einen Privatstrafanspruch für unerlaubte Handlungen nicht kennt.[6]

---

1) vgl. für das IPR die Analyse von Kegel, IPR, S. 237 ff. über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsort.
2) ein Erfolgsunrecht im engeren Sinne wird abgelehnt, Fikentscher, Schuldrecht, S. 275.
3) so jedenfalls die klassische Auffassung, Fikentscher, Schuldrecht, S. 275; s. auch oben S. 32.
4) Larenz, Schuldrecht, Bd.1, AT, S.318 ff. (320 f.).
5) Soergel-Knopp, BGB, § 826, Rdnr.35.
6) so z.B. die "multiple damages" im amerikanischen Recht, s. Prosser, Torts, S.9 ff.; Gutachten, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, S.186 f.,197 ff.

Der Schwerpunkt liegt daher im Rahmen des § 826 BGB eindeutig bei der Handlung.

Die Qualifikation muß sich darüber hinaus von dieser besonderen Ausprägung des deutschen Rechts, der Verknüpfung des Handlungsunrechts mit dem Erfolg, lösen. Die Abwehr arglistigen und daher sittenwidrigen Verhaltens ist ein gemeinsames Programm aller Staaten. Es ist als Geisteshaltung jedoch schwierig zu bekämpfen. Die Arglist erschließt sich dem Betrachter nur aus den besonderen Umständen des Verhaltens. Wesentlich sind jedoch nicht diese Äußerungen der Arglist, sondern die Geisteshaltung selbst. Wenn das arglistige Verhalten einen Abwehranspruch erzeugt, ist der eigentümliche Sitz dieses Anspruchs durch den Sitz der Geisteshaltung bestimmt. Als geistige Qualität läßt sich die Arglist allenfalls im Kopf des Handelnden lokalisieren. Sie kann deshalb nicht über die Manifestationen der Tathandlung oder im Taterfolg an einem bestimmten Ort fixiert werden. Der Abwehranspruch kann vielmehr überall da angeknüpft werden, wo man des arglistigen Verletzers habhaft werden, oder wo man über sein Vermögen Wirkung auf ihn ausüben kann.

Ist ein deutsches Gericht daher in der Lage, auf den arglistig Handelnden oder sein Vermögen zuzugreifen, so gilt § 826 BGB. Kollisionsrechtlich ausgedrückt, regiert die lex fori über das arglistige Handeln.[1)]

Die privatrechtliche Qualifikation des Anspruchs aus § 826 BGB beschränkt daher nicht in unerwünschter Weise den Anwendungsbereich dieser Vorschrift.

Neben der privatrechtlichen Qualifikation bietet sich auch die prozeßrechtliche an. Diese führt allerdings

---

1) allerdings nicht aus den für das Prozeßstatut angeführten Gründen (s. oben S.89f), sondern wegen der Universalität des entscheidenden Teils des Regelungsgegenstandes, d.h. der Arglist.

über die Kollisionsregel, dass an das mit dem Anspruch zu korrigierende Prozeßrechtsverhältnis anzuknüpfen ist, zur Anwendung ausländischen Rechts (F 1). Dies schließt jedoch § 826 BGB als prozeßrechtliche Anspruchsgrundlage nicht notwendig aus. Ausgangspunkt sind wieder die Überlegungen, daß zur Bekämpfung der Arglist alle Staaten aufgerufen sind. Die deutschen Gerichte könnten daher annehmen, daß die prozessuale Arglist auch durch das ausländische Prozeßgericht bekämpft wird. Das deutsche Gericht (F 2) müßte sich an die Stelle des ausländischen Gerichts setzen. Da jede Rechtsordnung die Gewichte zwischen Einzelregelung und Generalklausel verschieden verteilt, das deutsche Recht aber in § 826 BGB einen eng gefaßten Tatbestand enthält, kann das deutsche Gericht (F 2) deutsches Recht anwenden. Es kann sicher sein, daß das Ergebnis nicht dem Geist der fremden Rechtsordnung (F 1) widerspricht. Aus diesem Gesichtspunkt greift auch der Grundsatz der territorialen Beschränkung nicht ein.

Der prozeßrechtlichen Qualifikation steht nicht entgegen, daß § 826 BGB im Recht der unerlaubten Handlung steht. Wie oben[1] ausgeführt, ist § 826 BGB nur ein Glied in der Kette der Generalklauseln, die als Rechtsgrundsätze in der gesamten Rechtsordnung gelten.[2] Dies wird allerdings, insbesondere für den wichtigsten Grundsatz von Treu und Glauben, bestritten.[3] Gegen die Geltung von Generalklauseln im Prozeßrecht wird angeführt[4], dieses bedürfe der Formstrenge, für Generalklauseln sei kein Platz. Zuzugeben ist, daß

---

1) S. 125 .
2) umfassend zur Wirkung allgemeiner Grundsätze im Verfahrensrecht Henckel, Prozeßrecht, S.118; für das Prozeßrecht Baumgärtel, ZZP Bd.69, S.89; Pohle, Lent-Festschrift, S.227; St-J-Pohle, ZPO Einl E II 2; für § 826 BGB und das öffentl.Recht Siebert, Verwirkung, S.123
3) Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S.57 f.: Generalklauseln seien nur Element des materiellen Rechts
4) Baur, Summum Ius, S. 107 ff.

ein Prozeß großer Formstrenge bedarf. Dies kann jedoch nicht dazu führen, daß der Grundsatz der Formstrenge absolut gesetzt wird. Er fordert nur, daß die Generalklauseln vom Prozeßrecht eigenständig, nach prozeßrechtlichen Gesichtspunkten eingegrenzt werden. Prozeßrechtliche Gesichtspunkte bedingen die Subsidiarität der Generalklausel. Gestaltungsrechte, die Prozeßlagen einfacher und billiger fortentwickeln, haben den Vorrang.

Soweit auch im ausländischen Prozeß das billige Ergebnis durch die Einräumung eines prozessualen Gestaltungsrechts gewährleistet ist, bleibt für die Aktivierung der Generalklausel kein Raum. Ist ein derartiges Gestaltungsrecht allerdings nicht vorhanden oder zu eng begrenzt, so ist der Gehalt der Generalklausel durch die obligatorische Regelungsform durchzusetzen.

§ 826 BGB ist nun die positive Norm, in der die Verbindung von Generalklausel als Grundlage und Schadensersatzanspruch als Rechtsfolge niedergelegt ist. Der Grundsatz, daß die sittenwidrige Schädigung zu einem Ersatz führen muß, hat im bürgerlichen Recht, in dem typischen Anwendungsbereich dieses Grundsatzes, durch diese Vorschrift seine positiv rechtliche Ausgestaltung erfahren. Dies schließt aber die Übernahme des Tatbestandes und der Rechtsfolge in das Prozeßrecht nicht aus. Vereinfachend formuliert heißt das, daß § 826 BGB nicht selbst die Anspruchsgrundlage, sondern das schuldrechtliche Spiegelbild einer anderen im Prozeßrecht zu lokalisierenden Anspruchsgrundlage ist. Diese letztere wäre aber Bestandteil des Prozeßrechtsverhältnisses.

Gleichwohl ist der privatrechtlichen Qualifikation der Vorzug zu geben. Die Vermutung, daß das deutsche Recht der Arglistbekämpfung in jedem Fall dem ausländischen Recht entspreche, ist zu gewagt. § 826 BGB gewährt einen Schadensersatzanspruch gegen sittenwidriges vorsätzliches Handeln. Es kann ohne Bedenken gesagt werden, daß das deutsche Recht arglistiges Handeln als sittenwidrig ansieht.[1] Nicht jedoch kann der Umkehrschluß gezogen werden, daß nur arglistiges Handeln sittenwidrig sei. So wird z.B. auch grob leicht-

---

1) a.A. aber Gadow, IheringsJb. Bd.84, S.188 ff.

fertiges Handeln in die Sittenwidrigkeit einbezogen.[1] Die prozeßrechtliche Qualifikation zwänge dazu, nach deutschem Recht sittenwidriges Handeln, obgleich nicht arglistig, ebenfalls dem deutschen Recht und insbesondere § 826 BGB zu unterstellen. Dadurch würde aber der Grundsatz der territorialen Beschränkung ausgehöhlt.[2] Der Abwehr der Sittenwidrigkeit, die sich aus der Anwendung fremder Rechtsordnungen oder fremder Urteile ergibt, dienen Art. 30 EGBGB und § 328 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. Die positive Funktion des in diesen Vorschriften verkörperten ordre public[3] bewirkt darüber hinaus, daß auf deutschem Territorium das anstößige Ergebnis durch ein dem deutschen Recht genehmes ersetzt wird. Diese positive Funktion sollte aber über § 826 BGB nicht so weit erstreckt werden, daß der ordre public indirekt universale Geltung beansprucht.[4] Der Tatbestand des § 826 BGB muß enger gefaßt bleiben, als die auf Abwehr gerichteten Generalklauseln des ordre public.

Die Ansprüche aus § 826 BGB beschränken sich deshalb auf die Fälle der Arglistbekämpfung und auf Fälle, in denen die Schädigung auch in Deutschland angestrebt ist. Diese Begrenzung läßt sich besser durch die privatrechtliche Qualifikation erreichen, da dort nur über die arglistige Geisteshaltung an deutsches Recht angeknüpft wird. Die übrigen Fälle ausländischen prozessualen Verhaltens, die nach deutschem Recht möglicherweise als sittenwidrig einzustufen sind, bleiben § 826 BGB verschlossen, da die Kollisionsnorm insoweit nicht auf das deutsche Recht verweist.

---

1) Palandt-Thomas, BGB, § 826, Anm.2 g; eine Abstufung der zu berücksichtigenden Kriterien findet sich bei Siebert, Verwirkung, S.77; s.auch Simitis,Gute Sitten,S.18,66.
2) s. oben S.109.
3) zur Unterscheidung der negativen und positiven Funktion des ordre public Dölle, Beitr.zum bürg.Recht,S.90 FN 5; Neumayer, Dölle-Festschrift, Bd.2, S.180; Wiethölter, Zur Frage des intern.ordre public, S.154; Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S.21 ff.; 64 ff.; v.Heymann, Der ordre public, S.160 ff. 173 ff.; Heldrich, Intern.Zuständigkeit, S.37 ff.
4) ebenso Maier, NJW 1959, S. 1472 f.

3.8 Der Einfluß des Anspruchsinhalts auf die Qualifikation

In den vorstehenden Ausführungen[1] wird die prozeßrechtliche Qualifikation wesentlich darauf gestützt, daß der materielle Anspruch auf die Regelung eines bestimmten rechtlich vorqualifizierten Verhältnisses, nämlich des Prozeßrechtsverhältnisses, abgestellt sei. In diesem Zusammenhang wurde die Tatsache herausgestellt, daß das prozessuale Gestaltungsrecht und der materielle Anspruch als Regelungsformen "funktionell" austauschbar seien. Die untersuchten Anspruchsgrundlagen erzeugen jedoch nicht nur einen Anspruch mit einem ganz bestimmten Inhalt. Der Inhalt der Rechtsfolge wechselt vielmehr mit dem Schicksal der Anspruchsgrundlage. Die Verträge über prozessuale Beziehungen erzeugen primär einen Anspruch auf ein bestimmtes prozessuales Tun oder Unterlassen. Dieser ist ein Erfüllungsanspruch. Die Verletzung dieser Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen erzeugt einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dieser geht, wenn die Erfüllung ausgeschlossen ist, auf Wertersatz.

Im Bereich der unerlaubten Handlung gibt es Schadensersatzansprüche, die auf Naturalrestitution (§ 249 BGB) bzw. auf Wertersatz (§ 251 BGB) gerichtet sind. Darüber hinaus gibt das Gesetz[2] in Fällen der objektiv rechtswidrigen Verletzung bestimmter absoluter Rechte eine Klage auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen. Hieraus hat die Rechtsprechung[3] den allgemeinen Rechtssatz entwickelt, daß jeder objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut den Verletzten zu einer Klage auf Unterlassung weiterer Eingriffe berechtige, falls solche zu besorgen seien.

---

1) S.103.
2) §§ 12, 1004 usw. BGB sowie Sondertatbestände des Immaterialgüterrechts.
3) RGZ 60, S. 7.

Schließlich wurde dann auch die Erstverletzung als Voraussetzung einer Unterlassungsklage fallen gelassen.[1] Die Unterlassungsklage wurde auch gegen eine drohende Erstverletzung, also gegen eine akute Gefährdung eines Rechtsguts zugelassen.

Im Recht der prozessualen Gefährdungshaftung wird dagegen im Regelfall nur ein Schadensersatz in Form eines Wertersatzes in Frage kommen. Da der Einfluß des Anspruchsinhalts auf die funktionelle Qualifikation und Anknüpfung untersucht wird, kann die Trennungslinie nicht zwischen Erfüllungsansprüchen und Schadensersatzansprüchen gezogen werden. Vielmehr ist auf den Unterschied von Naturalansprüchen, d.h. Ansprüchen auf prozessuales Verhalten und Wertersatzansprüchen abzustellen. Der zeitlichen Abfolge nach lassen sich unterscheiden:

a) Der (vorbeugende) Unterlassungsanspruch bzw. die Unterlassungsklage
b) Der Anspruch auf Vornahme einer Prozeßhandlung
c) Der Wertersatzanspruch.

3.8.1 Der vorbeugende Unterlassungsanspruch

Innerhalb der Verhaltensansprüche erfreut sich der Anspruch auf vorbeugende Unterlassung bei drohender erstmaliger oder erneuter Verletzung von Rechtsgütern besonderer Aufmerksamkeit. Seine Existenz wird bestritten.[2]

Gegen einen derartigen Anspruch werden systematische Gründe angeführt. Es heißt[3], die Pflicht, die Ver-

---

1) RGZ 101, S. 138.
2) Nachweise bei Zeuner, Dölle-Festschrift, Bd. 1, S. 202.
3) Siber, JheringsJb. Bd.50, S. 123; Larenz, NJW 1955, S. 263; ders., Schuldrecht II, BT, S.480 ff.; Esser, Schuldrecht, Bd. 2, BT, S. 474 f.

letzung fremder Rechtsgüter zu unterlassen, treffe jedermann. Sie könne daher kein deliktisches Rechtsverhältnis zwischen dem Rechtsgutinhaber und einer bestimmten anderen Person begründen. Allein diese besondere Beziehung sei jedoch Merkmal einer Obligation. Überdies verwische die Annahme einer Obligation in all diesen Fällen den Unterschied zwischen den absoluten Rechten und der rechtlich geschützten Güter. Wenn dennoch eine vorbeugende Unterlassungsklage bejaht werde, so liege dieser keine Obligation zugrunde. Sie sei vielmehr ein rein prozessualer Schutz.

Diese Auffassung läßt sich nur im Hinblick auf eine vorbeugende Unterlassungsklage gegen die drohende erstmalige Verletzung eines nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsguts vertreten. Denn allenfalls dort trifft die Pflicht zur Unterlassung der Verletzung jedermann. Nicht gilt dies jedoch, wenn die Pflicht zur Unterlassung auf einer vertraglichen Anspruchsgrundlage beruht. Hier steht der drohenden Handlung schon eine besondere Unterlassungsverpflichtung, eine Obligation, entgegen. Aber auch bei einer drohenden Zweitverletzung ist selbst ohne vertragliche Bindung schon eine besondere Beziehung zwischen dem Verletzer und dem Verletzten geschaffen. Diese Sonderbeziehung, aus der eine Unterlassungspflicht fließt, wird durch die Erstverletzung begründet.[1)]

Aber auch für Sachverhalte, bei denen sich das Klagebegehren auf den Schutz von Rechtsgütern gegen eine drohende Erstverletzung richtet, ist die Existenz eines Unterlassungsanspruchs zu bejahen. Das "Drohen" der Erstverletzung begründet nicht nur das Rechtsschutzbedürfnis der Klage.[2)] Abzulehnen ist die Neigung, das

---

1) einschränkend auch Esser, a.a.O., S. 474.
2) so aber Larenz, a.a.O.; Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 28 FN 113, S. 42.

Rechtsschutzbedürfnis als einen Sammelbegriff zu benutzen und es auch für die Leistungsklage zu einer positiven Sachurteilsvoraussetzung dieser Leistungsklage zu machen.[1] Das "fehlende" Rechtsschutzbedürfnis ist vielmehr eine Ausformulierung des allgemeineren Ausschlußtatbestandes des Rechtsmißbrauchs und von diesem sorgfältig zu trennen.[2] Mißbraucht wird die Freiheit, ein im allgemeinen zulässiges prozessuales Durchsetzungsverfahren zu wählen, wenn ein einfacherer und billigerer Weg zur Verfügung steht. Gegenüber einer vorbeugenden Unterlassungsklage ist aber ein einfacherer und billigerer Weg zur Abwehr des drohenden Eingriffs nicht ersichtlich. Die obige Meinung verwechselt das Rechtsschutzinteresse mit dem rechtlichen Interesse, das Voraussetzung eines jeglichen subjektiven Rechts, also auch einer Obligation, ist.[3] Das "Drohen" ist vielmehr ein Tatbestandsmerkmal, das den rechtlichen Schutz des privaten Interesses durch eine Obligation, die den drohenden Angreifer bindet, rechtfertigt. Durch seine drohende Haltung hebt sich der Angreifer selbst aus der zur Unterlassung verpflichteten Allgemeinheit heraus.[4]

Es bleibt also als Bedenken allein die Verflüchtigung der Grenze zwischen den absoluten Rechten und Rechtsgütern. Diese Grenze hat primär systematische Bedeutung. Ihre Tragfähigkeit wird mehr und mehr angezwei-

---

1) so aber wohl Schönke, AcP Bd.150, S.223; ders., Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 33 ff. ("Das mit der Prozeßhandlung verfolgte Ziel muß schutzwürdig sein"); gegen Schönke Costede, ZZP Bd.82, S.445 ff.

2) Baumgärtel, ZZP Bd.69, S.99 f.; Pohle, Lent-Festschrift, S. 212; Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei, S. 160 ff.; a.A. Stephan, a.a.O., S.43 ff.; weitergehend Allorio, ZZP Bd.67, S.342, der sich überhaupt gegen das Rechtsschutzbedürfnis ausspricht.

3) Auf den Streit, ob das rechtliche Interesse Begriffsmerkmal oder nur Zweck des subjektiven Rechts ist, vgl. v. Tuhr, Allg.Teil des BGB, Bd.1, S.58 ff., kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

4) Münzberg, JZ 1967, S. 692 f.

felt.[1]

Die Annahme eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs wird allein kollisionsrechtlichen Überlegungen gerecht.[2] Die gegnerische Auffassung, die einen Unterlassungsanspruch ablehnt, kann nicht umhin, auf die Klage als prozessualen Rechtsschutz im Sinne formellen Rechts die lex fori anzuwenden, es sei denn, sie verzichte auf die Einheitlichkeit der Qualifikation. Denn die privatrechtliche bzw. materiellrechtliche Beziehung ist nach dieser Auffassung mangels eines anknüpfbaren Verhältnisses nicht faßbar. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Beziehung zwischen den Parteien richtiger Anknüpfungsgegenstand, nicht das Verfahren des Gerichts. Über die Kollisionsregel ist das richtige Beurteilungsrecht zu finden. Dies ist nicht notwendigerweise die lex fori.[3] Ob das anzuwendende Recht einen Anspruch bejaht, ist eine andere Frage. Denn nur dieses Recht kann entscheiden, ob der Angreifer überhaupt zur Unterlassung verpflichtet ist. Ob die allgemeine Pflicht, ein Rechtsgut nicht zu verletzen, besteht und in welchem Umfang, kann immer nur nach einer bestimmten Rechtsordnung festgelegt werden. Dasselbe gilt für die Frage, wann diese Pflicht zu

---

1) Münzberg, a.a.O., S.692; Fikentscher, Schuldrecht, S.724.
2) Jahr, Instituts-Festschrift, S. 186 FN 21.
3) Anderes mag für Arrest und einstweilige Verfügung gelten. Die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO ist ein rein prozessuales Sicherungsmittel. Ein Verfügungsanspruch ist nicht Voraussetzung. Allein die lex fori ist anzuwenden. Aber auch bei einem Arrest und einer einstweil. Verfügung nach § 935 ZPO ist zu berücksichtigen, daß sie Sicherungsmittel sind, die unverzüglich verfügbar sein müssen (so im Hinblick auf § 627 ZPO, Soergel-Kegel, EGBGB, Art.14, Rdnr.23). Dem Richter ist nicht zuzumuten, in kürzester Zeit zu überprüfen, ob ein Anspruch nach fremdem Recht überhaupt bestehen kann. Auch insoweit hat deshalb Glaubhaftmachung (§§ 920 Abs. 2, 936 ZPO) zu genügen. Der (Nicht-)Schuldner wird über § 945 ZPO geschützt.

einer Obligation erstarkt.

Zielt der vorbeugende Unterlassungsanspruch auf die Regelung eines Prozeßrechtsverhältnisses, dann sind die vorbeugende Unterlassungsklage und der ihr zugrundeliegende Anspruch nicht anders zu behandeln als eine normale Unterlassungsklage.

3.8.2 Der Wertersatzanspruch

Wertersatzansprüche haben keine unmittelbare "funktionelle" Beziehung zu einem Prozeßrechtsverhältnis. Die Zahlung einer Geldsumme ist eine reine Vermögensverschiebung. Diese ist neutral. Die Wertansatzansprüche sind aber im vorliegenden Zusammenhang nur Hilfsansprüche.[1] Sie stehen unter der Bedingung, daß der Anspruch auf das prozessuale Verhalten versagt. Dieser Hauptanspruch prägt[2] die Beziehung zwischen den Parteien.[3] Deshalb müssen die Wertersatzansprüche als Hilfsansprüche der Qualifikation der Hauptansprüche folgen. Für den Erfüllungsort von Sekundäransprüchen aus Vereinbarungen ist dies anerkannt. Erfüllungsort der Schadensersatzansprüche aus einer Vereinbarung ist der Erfüllungsort der Hauptansprüche.[4] Ebenso folgt ein Rückabwicklungsverhältnis der Qualifikation des fehlgeschlagenen Vertrages.[5] Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, Erfüllungsansprüche und Sekundäran-

---

1) Ausnahme: Gefährdungshaftung.
2) zur kollisionsrechtlichen Bedeutung der Begriffe "Gepräge", "prägen" Neuhaus, Grundbegriffe, S.123 f., der die Frage nach dem Sitz oder Schwerpunkt ersetzt durch die Frage nach dem "Recht des charakteristischen Inhalts", der dem Rechtsverhältnis das "Gepräge" gebe.
3) dies ist zweifelhaft, wenn man mit Lent, ZZP Bd. 67, S. 355 f. zwar Rechtspflichten im Prozeßrechtsverhältnis, nicht jedoch korrespondierende Ansprüche anerkennt.
4) St-J-Pohle, ZPO, § 29, Anm. II 4.
5) St-J-Pohle, a.a.O.

sprüche auch im internationalen Recht einheitlich zu qualifizieren und anzuknüpfen.[1]

Wertersatzansprüche, die sich auf außervertragliche Grundlagen für den Ersatz eines Schadens stützen, sind als Hilfsansprüche so zu qualifizieren wie der Anspruch auf Wiederherstellung in natura(§ 249 BGB). Dies ergibt sich auch aus einer anderen Überlegung. Schadensersatzansprüche gleichen einmal den Schaden aus, zum anderen schrecken sie aber auch ab. Zwar wird die Prävention als gesetzgeberisches Prinzip der Schadensersatzpflichten gelegentlich[2] abgelehnt oder in eine untergeordnete Rolle verwiesen.[3] Jedoch ist er immerhin als erwünschtes Nebenprodukt in Betracht zu ziehen.[4] Für das IPR und das IZPR kann nicht außer Betracht bleiben, daß Schadensersatzpflichten nicht erst über den Ausgleich, sondern auch schon über das Unrechtsurteil und die Drohung der Ersatzpflicht korrigierend einwirken. Systematisch kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß zwischen der Unterlassungs- und Schadensersatzpflicht ein Tatbestandszusammenhang besteht. Der Schadensersatzanspruch, der auf echter Rechtswidrigkeit, nicht auf einer Gefährdung beruht, setzt den Unterlassungsanspruch unter Hinzutreten des Verschuldens fort.[5] Der Ausgleich zielt auf die Beseitigung des zu Unrecht verursachten Erfolges, soweit dies durch einen Vermögensausgleich überhaupt erreicht werden kann. Die abschreckende Wirkung zielt zusätzlich auf die Verhinderung des

---

1) vgl. auch die Auffassung, die die bereichungsrechtliche Rückabwicklung dem Recht unterstellt, das die Vermögensverschiebung beherrscht; für den Fall eines Rechtsverhältnisses als Rechtsgrund, dem Recht, das dieses Rechtsverhältnis beherrscht, Soergel-Kegel, EGBGB, Vor Art.7, Rdnr. 333 f.
2) Larenz, Schuldrecht I, AT, S. 306 f.
3) Esser, Schuldrecht, Bd. 1, AT, S. 267.
4) Larenz, a.a.O., S. 307.
5) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 918 f.; Bötticher, AcP Bd.158, S. 385, insbes.390; Zeuner, Dölle-Festschrift, Bd.1, S.309.

Handlungsunwertes. Über diese Abschreckungswirkung ist der Anspruch auf Wertersatz ebenfalls in den funktionellen Bezug auf das Prozeßrechtsverhältnis eingeschlossen.[1)]

3.9 Die internationale Zuständigkeit des deutschen Gerichts (F 2) zur Entscheidung über die Klage.

Die abschließende Prüfung der Zulässigkeit der behandelten Klagen war oben[2)] zurückgestellt worden, weil sie von der Behandlung des Klagegrundes durch das deutsche Recht abhinge. Offen blieb allein die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte. Diese internationale Zuständigkeit kann durch höherrangiges Völkerrecht[3)] und durch das eigene internationale Zivilprozeßrecht beschränkt werden.

Im Völkerrecht gilt der Satz, daß das inländische Recht oder die inländischen Behörden eines Landes nicht in die hoheitlich geregelten Verhältnisse eines anderen Landes eingreifen dürfen. Hieraus folgt das Verbot an die deutschen Gerichte, ein im Ausland belegenes Prozeßrechtsverhältnis unmittelbar zu gestalten. Ein deutsches Gericht ist demnach nicht in der Lage, ein ausländisches Urteil aufzuheben oder es mit Wirkung für das Ausland für vollstreckbar zu erklären. Ebensowenig kann es eine Klage im Ausland (F 1) für zurückgenommen erklären. Auch kann es einem ausländischen Gericht (F 1) nicht befehlen, der Einrede des Schiedsvertrags oder der ausschließlichen Prorogation auf ein ausländisches Gericht stattzugeben. Ein Verstoß gegen diese völkerrechtliche Regel bliebe auch praktisch

---

1) für die Ansprüche aus prozessualer Gefährdungshaftung ist dieses Argument allerdings nicht durchschlagend, s. oben S.115.
2) S.48.
3) Staatsverträge bleiben außer Betracht. Zu deren Einfluß auf die inter. Zuständigkeit Heldrich, Intern. Zuständigkeit, S. 136 ff.

ohne Konsequenzen, da ein derartig gestaltendes Urteil im Ausland gegen den Willen des ausländischen Rechts (F 1) nicht durchsetzbar wäre.

Der Grundsatz der territorialen Beschränkung ist jedoch nicht im Völkerrecht begründet. Er ist Selbstbindung des deutschen Rechts.[1] Deshalb ist eine mittelbare Einflußnahme auf ein ausländisches Prozeßrechtsverhältnis über die Verpflichtung der Parteien zu einem bestimmten Verhalten zulässig. Die Zulässigkeit unter völkerrechtlichem Gesichtspunkt folgt schon daraus, daß im angloamerikanischen Rechtskreis Unterlassungs- oder Handlungsgebote in größerem Umfang als zulässig praktiziert werden, als dies in Deutschland der Fall ist.[2] Es bleibt also den einzelnen Rechten die Entscheidung überlassen, inwieweit sie die Personen, die ihrem Einfluß unterliegen, binden wollen.[3]

Dem deutschen Recht bleibt es unbenommen, seine völkerrechtliche Freiheit nicht auszunutzen und seine Gerichte für international unzuständig zu erklären, über die vorliegenden Unterlassungs- oder Schadensersatzklagen zu entscheiden. Die Grenzen der internationalen Zuständigkeit sind im deutschen Recht nicht ausdrücklich gezogen. Sie folgen im allgemeinen den Grenzen der örtlichen Gerichtsstände. Abweichungen sind von Fall zu Fall festzustellen. Das deutsche Prozeßrecht kennt nun eine Tendenz, prozessuale Gestaltungsklagen als "Anhangsprozesse" [4] örtlich, sachlich und funktionell bestimmten Gerichten ausschließlich zuzuweisen.[5] Man könnte daran denken, aus dieser

---

1) vgl. Kralik, ZZP Bd. 74, S. 9 f.
2) s.unten Zweiter Teil.
3) Neumeyer, Intern.Verwaltungsrecht, Bd.4, S.492 ff., 494 FN 18; unentschieden BGHZ 14, S.286 (289); a.A. Kohler, ZZP Bd.1o, S.451.
4) s.oben S. 1oo FN 1.
5) vgl.Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen, S.46 f.

Tendenz eine Regel für das IZPR, d.h. die internationale Zuständigkeit abzuleiten, die nicht nur für alle prozessualen Gestaltungsklagen gelte, sondern auch für die funktionell verwandten Leistungsklagen.[1)]

Dies hieße jedoch den Grundsatz der territorialen Beschränkung überspannen. Es ist äußerst zweifelhaft, ob sich diese Tendenz des Gesetzgebers zu einer ungeschriebenen Regel verdichten läßt, da der Gesetzgeber selbst nicht in allen Fällen einen ausschließlichen Gerichtsstand vorschreibt.[2)] Für Leistungsklagen, die mit prozessualen Gestaltungsklagen konkurrieren, wird schließlich auch für die örtliche Zuständigkeit, soweit ersichtlich[3)], von niemandem eine ausschließliche Zuweisung an das Gericht des Hauptprozesses vertreten.

Im internationalen Bereich würde dem Anspruchsinhaber aber möglicherweise überhaupt die gerichtliche Durchsetzung verschlossen, wenn die deutschen Gerichte unzuständig wären. Dies wäre dann der Fall, wenn das ausländische, anzuwendende Recht (F 1) nur einen Wertersatzanspruch kennt, dieser aber im Ausland mangels gegnerischen Vermögens nicht vollstreckbar, und das ausländische Urteil in Deutschland nicht anzuerkennen ist. Darüber hinaus beraubte sich das deutsche Gericht der Möglichkeit, eine eventuelle Arglist des Verpflichteten zu bekämpfen. Die Zuständigkeit kann schließlich nicht auf die Fälle einer behaupteten Arglist beschränkt

---

1) Für das Verhältnis zwischen den einzelnen Rechtswegen klingt dieser Gedanke bei Hillermeier, DVBl. 1967, S. 19 an. Das Urteil eines Zivilgerichts auf Rücknahme einer verwaltungsgerichtlichen Klage und die Vollstreckung dieses Urteils nach § 894 ZPO seien ein bedenklicher Eingriff in ein verwaltungsgerichtliches Rechtsverhältnis.

2) § 323 ZPO.

3) Klagen aus § 826 BGB gegen arglistig erschlichene oder ausgenutzte Urteile, s. oben S. 28 ff.

werden. Die internationale Zuständigkeit ist vielmehr abstrakt, unabhängig von den Umständen des Einzelfalls, abzugrenzen. Die Behauptung der Arglist ist allein ein Element der Schlüssigkeit des Klagegrundes.

Das deutsche Gericht (F 2) ist demnach international dann zuständig, wenn der Verpflichtete in Deutschland seinen allgemeinen Gerichtsstand besitzt, oder wenn er sonst die Bedingungen für einen besonderen Gerichtsstand erfüllt.

4 Überleitung zur vergleichenden Betrachtung der Rechtslage in den USA

Die Untersuchung, inwieweit durch Unterlassungs- und Schadensersatzklagen auf ausländische Prozesse eingewirkt werden könne, ergab die Zulässigkeit solcher Klagen. Endgültigen Erfolg haben solche Klagen nach der hier vertretenen Auffassung nur, wenn der Gegner durch den ausländischen Prozeß oder im Rahmen des ausländischen Prozesses arglistig handelt. Dieses Ergebnis beruht auf der Erkenntnis, daß die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche in ihrer Mehrheit prozeßrechtlich zu qualifizieren sind, und auf dem Grundsatz, daß sich das deutsche Zivilprozeßrecht in seiner Wirkung territorial beschränkt.

Dieser Grundsatz der territorialen Beschränkung des Zivilprozeßrechts kann nicht als ein gesicherter Grundsatz der Dogmatik des deutschen internationalen Zivilprozeßrechts ausgegeben werden. Denn es fehlt an Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur. Dieser Mangel erklärt sich aus der Tatsache, daß die deutsche Rechtsprechung kaum mit derartigen Klagen konfrontiert wurde. Die dogmatische Frage nach dem geltenden Recht muß deshalb durch die Antwort auf die Frage nach dem wünschenswerten Recht

mitbeantwortet werden. Es wurde versucht, diese Antwort durch eine Wertung der beteiligten Interessen zu finden. Die darin liegende rechtspolitische Begründung untermauert die dogmatische Argumentation.

Ob und inwieweit Unterlassungs-und Schadensersatzansprüche gegenüber ausländischen Prozessen rechtspolitisch zu empfehlen sind, läßt sich aufgrund theoretischer Überlegungen nicht abschließend entscheiden. Denn eine derartige Entscheidung setzt die Kenntnis der praktischen Auswirkungen solcher Ansprüche voraus. Der Rechtswissenschaft ist versagt, sich diese Kenntnis durch Experimente zu verschaffen. Rechtsvergleichende oder rechtshistorische Untersuchungen müssen deshalb in manchen Fällen an die Stelle von Experimenten treten.

Für das Thema dieser Dissertation bieten vor allem die Entscheidungssammlungen in den USA Anschauungsmaterial. Über die Schadensersatzansprüche aus missbräuchlichem prozessualem Verhalten ("malicious prosecution, abuse of process") in den Rechten der USA liegt eine erschöpfende rechtsvergleichende Darstellung in deutscher Sprache vor.[1] Auf diese Darstellung kann deshalb verwiesen werden. Von weitaus größerer Bedeutung sind in den USA die Anträge auf Erlaß einer "injunction", d.h. eines richterlichen Handlungs- und Unterlassungsbefehles, der dem Unterlassungsurteil oder der einstweiligen Verfügung des deutschen Rechts entspricht. Der rechtsvergleichende zweite Teil dieser Arbeit handelt deshalb nur von diesen gerichtlichen Unterlassungsbefehlen in den USA.

Der Nutzen und die Möglichkeit einer Rechtsvergleichung zwischen den Kontinentalrechten und den Rechten des angloamerikanischen Rechtsbereiches werden bestritten.[2]

---

1) Hopt, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, München 1968.
2) H.J. Hellwig, Systematik, S. 46 FN 5o.

Diese pauschale Ablehnung ist nicht richtig.[1] Sie mahnt jedoch zu besonderer Vorsicht bei der Übernahme von Ergebnissen aus rechtsvergleichenden Untersuchungen. Denn das Rechtsdenken in den USA ist grundsätzlich von dem Rechtsdenken auf dem europäischen Kontinent verschieden. Auch die soziologischen und wirtschaftlichen Strukturen beider Rechtsbereiche sind unterschiedlich. Es ist daher sinnlos, Einzelergebnisse der Rechtsprechung oder Rechtswissenschaft in den USA zur Kontrolle heranzuziehen. Vor allem die Entscheidungen amerikanischer Gerichte müssen, um dem deutschen Leser verständlich zu sein, in ihrem historischen und verfassungsrechtlichen Rahmen gesehen werden.

Die Tatsache, daß Unterlassungsbefehle gegenüber fremden Prozessen in den USA im Gegensatz zu Deutschland so häufig sind, folgt aus unterschiedlichen rechtlichen und soziologischen Gegebenheiten in den Einzelstaaten der USA. Diese Gegebenheiten sind mit den Verhältnissen innerhalb Deutschlands oder Europas nicht vergleichbar. Würden diese Besonderheiten der USA dem Leser vorenthalten, so wäre die Darstellung unvollständig. Auch muß die Rechtsvergleichung neben den Aspekten eines ausländischen Rechtsinstituts, die vergleichbar sind, die anderen nennen, die sich einem Vergleich entziehen. Erst aufgrund dieses Gesamtbildes kann der Leser urteilen, inwieweit die Rechtsprechung in den USA für oder gegen eine Zulassung vonKlagen auf Unterlassung oder Rücknahme ausländischer Klagen im deutschen Recht spricht.

Gering ist die Ausbeute des Vergleichs der deutschen und amerikanischen Rechtslage für die Qualifikation der Anspruchsgrundlagen. Dem Rechtsdenken in den USA ist die ausgefeilte Systematik fremd, durch die die deutsche Wissenschaft Anspruchsgrundlagen erfaßt. Der amerikanische Richter fragt nicht danach, ob derjenige, der den Erlaß

---

1) Vgl. auch Cappelletti, Schima-Festschrift, S.123 ff.

eines Befehls auf Vornahme oder Unterlassung einer Handlung begehrt, einen " Anspruch " auf die Unterlassung oder Vornahme dieser Handlung hat. Deshalb kommt es ihm auch nicht in den Sinn, einen derartigen " Anspruch " oder die entsprechende " Anspruchsgrundlage " zu qualifizieren und davon die Rechtswahl abhängig zu machen. Es wäre deshalb verfehlt, die Fragestellung der deutschen Wissenschaft auf die in den USA entschiedenen Fälle vorbehaltlos zu übertragen. Doch ist die Untersuchung der Rechtslage in den USA für die Lösung des Qualifikationsproblems im deutschen Recht nicht unfruchtbar. Mittelbar können bestimmte Strukturen, die im amerikanischen Recht aufgedeckt werden, zur Bestätigung einer für das deutsche Recht erarbeiteten Lösung der Qualifikationsfrage herangezogen werden. Die Qualifikation der Anspruchsgrundlagen als prozeßrechtlich wurde oben[1)] mit der funktionellen Austauschbarkeit von materiellen Ansprüchen bzw. der auf diesen aufbauenden Leistungsklage und den prozessualen Behelfen in Form einer prozessualen Einrede oder Gestaltungsklage begründet. Diese Austauschbarkeit oder Funktionsgleichheit beider Behelfe tritt in dem reichhaltigen Material amerikanischer Entscheidungen ungleich schärfer hervor als in theoretischen Erläuterungen anhand einer Anspruchsgrundlage des deutschen Rechts. Zugleich machen die amerikanischen Entscheidungen deutlich, daß diese Austauschbarkeit der Behelfe ausschlaggebende Bedeutung erlangt, wenn der Prozeß, auf den eingewirkt werden soll, vor dem Gericht einer anderen " jurisdiction " anhängig ist. In dem ersten Abschnitt des zweiten Teils[2] wird der Befehl,

---

1. S. 92.
2. Der folgende rechtsvergleichende Teil dieser Dissertation stammt im wesentlichen aus Untersuchungen des Verfassers während eines Studienaufenthaltes in den USA (University of Chicago Law School) im Jahre 1966-67.

einen Prozeß in einer fremden Gerichtsbarkeit zu unterlassen, an einem Beispeilsfall dargestellt. Dieser Befehl, die injunction wird dann in seinem umfassenden Anwendungsbereich erläutert. Schließlich wird die Vollstreckung der injunction durch eine Strafe für " contempt of Court " beschrieben.

In einem zweiten Abschnitt wird die geschichtliche Wurzel des Unterlassungsbefehls und dessen Entwicklung in England und den USA als Rechtsbehelf " in Equity " aufgezeigt.

Im dritten Abschnitt werden die drei wichtigsten Fallgruppen beschrieben, in denen die injunction gegen den Prozeß in einer fremden Gerichtsbarkeit Bedeutung hatte. Die erste Gruppe sind die Fälle, in denen ein Scheidungsprozeß in einer fremden jurisdiction eingeleitet werden sollte oder eingeleitet wurde. Diese Fälle sind dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall der lettischen Scheidung [1] vergleichbar. Eine weitere Gruppe sind Schadensersatzprozesse wegen Körperverletzung oder Tötung, die unterbunden werden sollen. Eine besondere Problematik bietet in den USA das Verhältnis der Bundesgerichte zu den Gerichten der Einzelstaaten. Die dritte Gruppe umfaßt deshalb die Fälle, in denen die injunction das Verhältnis dieser Gerichte zueinander berührt. Soweit es für das Verständnis notwendig ist, wurde den Fallgruppen eine Beschreibung der rechtlichen und wirtschaftlichen Situation vorausgeschickt, aus der diese Fälle erwuchsen.

Im vierten Abschnitt werden die verschiedenen Funktionen der injunction gegenüber Prozessen vor fremden Gerichten abgehandelt; darunter auch die Funktion der injunction als Ersatz eines Prozeßbehelfs.

---

1) s. oben S. 61.

Im fünften Abschnitt wird untersucht, welche Rolle die injunction für die Angleichung der Rechte der Einzelstaaten und für die Abgrenzung der verschiedenen jurisdictions spielt.

Im sechsten und letzten Abschnitt wird die injunction rechtspolitisch gewürdigt. Hierbei kommen vor allem die amerikanischen Richter zu Wort, die kritisch zur injunction Stellung genommen haben. Im Anschluss daran skizziert der Verfasser seine eigene Meinung und die Bedeutung, die diese Meinung für die Lösung des deutschen Rechts hat.

Zweiter Teil

Der Unterlassungsbefehl gegen fremde Prozesse im Recht der USA: die "antisuitinjunction"

1. Die "injunction"

1.1 Einleitungsfall: James v. Grand Trunk Western RR.Co.[1)]

Mr. Kahl war in einem Unfall an einem Eisenbahnübergang in Michigan umgekommen. Zur Zeit des Unfalls hatte Mr. Kahl Wohnsitz in Michigan. Seine Witwe wurde als Nachlaßverwalterin bestellt.[2)]

Sie verklagte die beteiligte Eisenbahngesellschaft in einem Staatsgericht in Chicago/Ill. (F 1) auf Schadensersatz unter einem Gesetz Michigans über den Ersatz für rechtswidrige Tötung.

Die beklagte (F 1) Eisenbahngesellschaft erwirkte beim Nachlaßgericht in Michigan (F 2) ein Verbot gegen die Witwe, daß diese den Prozeß gegen die Gesellschaft in Chicago (F 1) fortsetze. Dieses Verbot, eine injunction, stützte sich auf das Gesetz Michigans,[3)] in dem für Klagen unter diesem Gesetz als ausschließlicher Gerichtsstand das Gericht der county in Michigan vorgesehen war, in der der Unfall stattgefunden oder in der der Kläger seinen ständigen Aufenthalt hatte. Die Witwe legte gegen diese injunction kein Rechtsmittel ein.

Sie ging vielmehr in dem in Chicago anhängigen Prozeß (F 1) zum Gegenangriff über. Sie argumentierte, die Beklagte (F 1) habenihren Einwand des ausschließlichen Gerichtsstandes in Michigan nicht in dem Verfahren in Chicago (F 1) vorgebracht. Sie beantragte deshalb den Erlaß einer counterinjunction, die der beklagten Gesellschaft untersagen sollte, die in Michigan erlassene injunction zu vollstrecken. Zur Begründung dieses Antrags führte sie weiter aus, sie könne in Michigan kein gerechtes Urteil erhalten. Dieser Antrag wurde in zwei Instanzen abgelehnt.[4)]

---

1) Die Fundstellen der Fälle sind im Fallverzeichnis (S. XXVII) abgedruckt.
2) zur Funktion und Stellung des Nachlaßverwalters s. Ferid-Firsching, Intern.Erbrecht, III, US Grdz D II, Rdnr. 55.
3) Mich.Ann.Stat. § 27 A 1635.
4) Kahl v. Grand Trunk Western RR Co.

Da die Witwe ihr Verfahren in Chicago (F 1) weiter betrieben hatte, leitete die Eisenbahngesellschaft die Vollstreckung der injunction, die das Gericht in Michigan (F 2) erlassen hatte,ein. Die Witwe wurde festgenommen, und es wurde ihr eine Gefängnisstrafe angedroht.

Der prozeßbevollmächtigte Anwalt der Eisenbahngesellschaft in Michigan war zugleich Vertreter des öffentlichen Interesses (prosecuting attorney) in der county, in der das Nachlaßgericht, das auch die injunction erlassen hatte (F 2), seinen Sitz hatte. Er beantragte in dieser Eigenschaft beim Nachlaßgericht, der Witwe die Verwaltung des Nachlasses ihres verunglückten Ehemannes zu entziehen. Das Nachlaßgericht entsprach diesem Antrag. Ein 83-jähriger Gerichtsdiener des Nachlaßgerichts wurde zum Verwalter des Nachlasses bestellt. Die Rechtsberatung dieses Verwalters übernahm der Anwalt des öffentlichen Interesses, der zugleich Anwalt der Eisenbahngesellschaft in Michigan war. Schließlich wurde der Gerichtsdiener als Verwalter durch Mr. James ersetzt.

Dieser griff die Entscheidung der Untergerichte in Illinois (F 1) über die Ablehnung des Erlasses der counterinjunction vor dem obersten Gericht von Illinois an.1) Dieses Gericht ordnete dann mit einer knappen Mehrheit der Richter (4 gegen 3) den Erlaß der beantragten counterinjunction an.

Die Hauptsache, die Klage auf Schadensersatz (F 1), wurde in Illinois entschieden. Die Eisenbahngesellschaft unterließ weitere Versuche, die injunction in Michigan (F 2) zu vollstrecken.2)

1.2 Die injunction im allgemeinen

In dem soeben geschilderten Fall erscheint gleich zwe
mal die sogenannte antisuitinjunction, ein Rechtsbehelf, dem sich die folgenden Untersuchungen widmen.

---

1) Über die Gerichtsorganisation der Staaten und des Bundes in den USA vgl. den ausführlichen Überblick in Bülow-Arnold, Der intern.Rechtsverkehr, 991.la

2) Dieser Absatz beruht auf der freundlichen Auskunft von Mr. James A. Dooley, Anwalt der Klägerpartei im Ill. Verfahren (F 1).

Die antisuitinjunction ist ein Unterfall der injunction. Maitland[1] definiert die injunction als einen "gerichtlichen Befehl, der einer Person oder einer Gruppe von Personen untersagt, eine bestimmte Handlung oder Handlungen bestimmter Art vorzunehmen unter der Androhung einer zeitlich nicht begrenzten Gefängnisstrafe wegen Mißachtung des Gerichts".[2]

Die antisuitinjunction ist eine injunction, die einer Person verbietet, ein Verfahren in einem anderen Gericht anhängig zu machen, fortzuführen oder ein in einem anderen Gericht erstrittenes Urteil zu vollstrecken. Wenn im folgenden von injunction die Rede ist, so bezieht sich die Bezeichnung, falls nicht ausdrücklich vermerkt als im weiteren Sinne (i.w.S.), auf den speziellen Fall der antisuitinjunction.

Die injunction i.w.S. ist den deutschen Rechtsbehelfen des Unterlassungsurteils und der einstweiligen Verfügung vergleichbar. Dem Unterlassungsurteil entspricht in der anglo-amerikanischen Terminologie die "permanent injunction", der einstweiligen Verfügung die "preliminary injunction", die, wenn sie auf die Dauer eines rechtshängigen Verfahrens beschränkt ist, "injunction pendente lite" genannt wird. "Temporary injunction" kann mit "preliminary injunction" identisch sein oder aber, wie im Recht des Staates New York, als "temporary restraining order" eine injunction i.w.S. bedeuten, die einstweilig ohne mündliche Verhandlung erlassen wurde.[3]

Der Einleitungsfall betrifft den Erlaß einer injunction, durch die das Verfahren in einem anderen anderen Bundesstaat, d.h. nach anglo-amerikanischem

---

1) Equity, S. 318 .
2) Übersetzung vom Verf.
3) f. N.Y. vgl. CPLR Sec.6301, früher CPA Sec.878 (1).

Sprachgebrauch in einer anderen "jurisdiction", verboten wurde. Jurisdiction ist ein schillernder Begriff.[1] Wichtig für die weiteren Ausführungen ist, daß dieser Begriff die Gerichtsbarkeit eines Staates, die internationale Zuständigkeit, sowie die sachliche Zuständigkeit seiner Gerichte umfaßt. Davon abgegrenzt wird "venue", d.h. die örtliche Zuständigkeit innerhalb einer jurisdiction.

Auf eine Besonderheit ist hinzuweisen: Während im kontinentalen Rechtskreis Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit unabhängig von prozessualen Formerfordernissen bestimmt werden, die Erfüllung prozessualer Formerfordernisse also Gerichtsbarkeit oder internationale Zuständigkeit nicht begründen können, kennt der Rechtskreis der USA die Begründung der jurisdiction eines Gerichts durch ordnungsgemäße Zustellung einer Klage an den Beklagten innerhalb des Gerichtsstaates.[2]

Verbote gegen Prozesse in fremden jurisdictions, d.h. in einem anderen Bundesstaat oder im Ausland, machen den Großteil der Fälle aus. Da der Bund in den USA eigene Gerichte in allen Instanzen besitzt, sind in die Untersuchung selbstverständlich auch die Fälle einzubeziehen, in denen die fremde jurisdiction die konkurrierende Bundes- oder Staatsgerichtsbarkeit ist.

1.3 Vollstreckung: "contempt of court"

Die injunction wird vollstreckt durch eine Bestrafung wegen contempt of court. Die Nichtbefolgung einer injunction ist ein Anwendungsfall eines weit umfassenderen Tatbestandes. Dieser Tatbestand umfaßt jedes Verhalten, das die Autorität eines Gerichtes, der

---

1) Ehrenzweig, Conflict, S. 72 .
2) zu den Voraussetzungen der jurisdiction im einzelnen s. Schlesinger, Die Rolle des Supreme Court, S. 13 f.

Legislative oder der Verwaltungsbehörden verletzt.

Die Strafandrohung wegen contempt soll eine geordnete Rechtspflege sichern.[1] Sie dient der Durchsetzung sitzungspolizeilicher Anordnungen. Sie richtet sich gegen widerspenstige Zeugen, Sachverständige und Prozeßbevollmächtigte. Sie erstreckt sich selbst auf Personen, die an einem Verfahren nicht unmittelbar beteiligt sind, wie Presseleute, deren Freiheit, über einen Prozeß zu schreiben, dadurch empfindlich eingeschränkt werden kann.

Es werden zwei Arten des contempt of court unterschieden. Befolgt eine Partei die Entscheidung eines Gerichtes nicht, die der mittelbaren Durchsetzung eines streitigen Anspruchs dient, d.h. verstößt sie gegen den in einer injunction i.w.S. ausgesprochenen Befehl eines Richters, dann ist der Unrechtsgehalt dieses Verstoßes ein anderer als in dem Fall, wenn das Gericht beleidigt oder Geschworene durch unlautere Mittel beeinflußt werden. In jenem Falle spricht man von "civil, ordinary" oder "quasi criminal" contempt, in diesem von "criminal" contempt.[2]

Die beiden Formen des contempt werden wegen ihrer unterschiedlichen Natur auch verschiedenen Normen unterworfen.[3] Da der Verstoß gegen eine antisuit-injunction im Regelfall nur den Tatbestand des civil contempt erfüllt, kann der criminal contempt im folgenden außer Betracht bleiben.

In England wird civil contempt nur durch Freiheitsstrafen geahndet.[4] Die Dauer der Strafe liegt im

---

1) Gerland, Die engl.Gerichtsverfassung, Bd.1, S.828 f.
2) Goldfarb, The contempt power, S.49 ff.; Report, Contempt of Court, S. 4 f.
3) so durfte früher in England ein "contemnor" wegen civil contempt auch am Sonntag zugunsten einer gegnerischen Partei festgenommen werden, nicht jedoch wegen eines criminal contempt. Nachweise bei Goldfarb, a.a.O., S. 49.
4) Report, a.a.O., S. 23.

Ermessen des Richters, theoretisch ist selbst lebenslänglicher Freiheitsentzug möglich. Der Richter kann auch die Strafe anordnen, ohne ihre Dauer festzulegen, etwa solange, bis der "contemnor" die befohlene Handlung vornimmt. Der Bestrafung liegt ein Antrag der Partei zugrunde, die an der Handlung oder Unterlassung interessiert ist. Nach Anordnung der Strafe wird der contemnor vom sheriff festgenommen.[1)]

In den USA ist dagegen die Strafdrohung nicht auf Freiheitsentzug begrenzt. Der Richter kann also auch eine Geldbuße anordnen.[2)] Die Bestimmung der Bundesverfassung (8. amendment), die die Höhe von Kriminalstrafen nach oben begrenzt, wird auf die Fälle des civil contempt im allgemeinen nicht angewandt.[3)]

In den meisten Staaten der US wurden jedoch Grenzen für die Bestrafung wegen contempt of court, d.h. aller Tatbestände, festgesetzt.[4)] Dem Ermessen des Richters wird insoweit eine Schranke gesetzt.

Das Delikt des civil contempt enthält als Antragsdelikt zwei geschützte Rechtsgüter, zum einen den Anspruch des Staates auf Befolgung gerichtlicher Anordnungen, zum anderen den privatrechtlichen Anspruch einer Partei auf Handlung oder Unterlassen. Die Strafe für civil contempt enthält deshalb trotz ihres Namens neben dem Beuge- auch Strafcharakter.

Die Kritik wächst allerdings sowohl in England als in den USA. Die Tendenz geht dahin, der Strafe reinen Beugecharakter zuzuerkennen und sie in ein Verhältnis zum gezeigten oder erwarteten Widerstand zu setzen.[5)]

---

1) Report, a.a.O., S. 25 f.
2) anschaulich US v. United Mine Workers.
3) Nachweise bei Goldfarb, a.a.O., S. 266 ff.
4) U.Pa.L.Rev. Bd.104, S. 998, 1000.
5) Report, a.a.O., S.23; Goldfarb, a.a.O., S.292 ff.

2. Die Entstehung und Entwicklung der antisuitinjunction im Rahmen der "equity"

2.1 Die Ausgangslage: Chief Justice Coke und Kanzler Lord Ellesmere

Im Lauf des 13. und 14. Jahrhunderts war das common law Englands zu einem System komplizierter Regeln erstarrt. Versuche, diese Regeln zu reformieren und durch Billigkeitserwägungen aufzulockern, scheiterten.[1)]

Den königlichen Kanzlern war es vorbehalten, sich der Ungerechtigkeiten anzunehmen und ein neues Recht, equity[2)], zu schaffen, das das common law ergänzte und überlagerte. Die injunction war das Mittel in den Händen der Kanzler, sich gegenüber den common law Gerichten durchzusetzen[3)]. In Fällen, in denen die Kanzler glaubten, ein Prozeß vor einem common law Gericht werde einer Partei in unerträglicher Weise nicht gerecht, untersagten sie der Gegenpartei die Prozeßführung vor einem common law Gericht. Hatte diese schon ein Urteil erstritten, so untersagten sie ihr

---

1) s. zu den Justices in Eyre zur Zeit Eduard's II. (1307-1327) Plucknett, A concise history, S. 99 f.; allgemein zu dem Thema Pollock, The transformation of equity, S. 181 f., 187 ff.
2) hierzu Holdsworth, History, Bd. 1, S.445 ff.; es mangelt nicht an Darstellungen in deutscher Sprache, z.B. Schwarz, Equity; Wolff E., SJZ 1964, S.133.
3) zum folgenden Dumbauld, Dickinson L.Rev. Bd.74, S.375 ff.

die Vollstreckung. Anstelle der common law Gerichte nahmen sich die Kanzler der Rechtsreform an. Die common law Gerichte ihrerseits empfanden dieses Vorgehen als einen unerhörten Eingriff in ihre Zuständigkeit.

Der Streit zwischen common law- und Kanzlergerichtsbarkeit fand seinen Höhepunkt unter Coke[1], damals Chief Justice der Common Pleas, eines der drei common law Gerichte, als Führer der common law Juristen auf der einen Seite und Lord Ellesmere, Kanzler des Königs auf der anderen. Die Kompetenzen um ihrer selbst willen hätten wohl kaum einen derartigen Streit, wie er zwischen den beiden Seiten geführt wurde, entfacht. Politische und wirtschaftliche Gründe mußten hinzukommen. Die politischen waren zeitbedingt, Darstellungen hierüber liegen vor[2], sie seien deshalb übergangen. Wirtschaftliche Gründe spielen jedoch auch später in der Geschichte der injunction eine Rolle, sie seien deshalb hier kurz wiedergegeben.[3] Die common law Richter bezogen in jener Zeit kein Gehalt. Sie lebten vielmehr von den Sporteln, die das Richteramt abwarf. Ein Verlust an Streitsachen durch die Beschneidung der Kompetenzen wirkte sich auf die Einkünfte der Richter aus.

Common law Gerichte waren deshalb bereit, Parteien, die wegen Mißachtung der injunction (contempt of court) einsitzen mußten, im habeas corpus Verfahren[4] freizulassen. Ihnen, den common law Richtern, oblag es, in diesem Verfahren zu prüfen, ob einem Untertan

---

1) Sir Edward Coke, geb. 1552, 1594 Attorney General, 1606 Chief Justice der Common Pleas, 1613 Chief Justice der King's Bench, gest. 1633; über ihn Brunner, Geschichte, S.57; Radbruch, Der Geist, S.26
2) Rheinstein, Struktur, S. 45 ff.
3) vgl. auch Rheinstein, a.a.O.
4) s. Art. "Habeas Corpus" in Wertheim's Wörterbuch.

des englischen Königs die Freiheit zu Recht entzogen worden war. Sie verneinten dies in den Fällen der Mißachtung einer injunction mit der Begründung, der Kanzler habe seine Befugnisse überschritten.

Coke stützte sich außerdem auf zwei ältere englische Gesetze, darunter das Statute of Praemunire aus dem Jahre 1354, das unter Strafe verbot, sich über ein Urteil, das in King's Court erlassen worden war, hinwegzusetzen. Dieses Gesetz war rund 250 Jahre früher erlassen worden, um den Einfluß der kirchlichen Gerichte zu brechen. Coke nützte es zur Verteidigung der common law Gerichtsbarkeit gegen die equity. Der Anwalt (barrister) einer Partei wurde unter diesem Gesetz förmlich vor einem common law Gericht angeklagt (indicted), nachdem er in der königlichen Kanzlei beantragt hatte, die Vollstreckung eines Urteils eines common law Gerichts zu verbieten.[1)]

Der rechtspolitische, im Gegensatz zum machtpolitischen und wirtschaftlichen, Hintergrund wird in einer heftigen literarischen Kontroverse auseinandergesetzt, die um diese Zeit geführt wurde.[2)] Die Forderungen der Rechtssicherheit, die Bindung an das althergebrachte Recht wird von den Verteidigern des common law ins Feld geführt. In ihrer Argumentation kommt der Rechtsformalismus zum Ausdruck. Die Vorkämpfer des neuen Rechts und der neuen Gerichtsbarkeit beriefen sich auf die Billigkeit, die Gerechtigkeit des Einzelfalls. Sie verteidigten das Gnadenrecht (mercy) gegenüber dem Prinzip summum ius, summa iniuria, das sie im common law verwirklicht

---

1) Holdsworth, History, Bd. 1, S. 461.
2) Als Vorkämpfer der equity: St. Germain, Doktor and Student, wahrscheinl. aus dem Jahr 1523, s. zu diesem Buch auch Brunner, Geschichte, S. 54 f. Zur Verteidigung des common law: Serjaunte at law in Harg. Law Tracts, S. 323.

sahen. Der Rechtszweck wurde gegenüber dem Rechtsbegriff betont.

Die für die Zukunft wohl wichtigste Ausführung zu der Rechtfertigung der injunction machte St. Germain[1] in bezug auf die Richtung des Unterlassungsbefehls. Niemals sei der Richter des common law Verfahrens, oder wie es später heißt, der Richter at law (F 1) Adressat der injunction, immer nur die klagende Partei (F 1) oder ihr Prozeßbevollmächtigter.

2.2 Die Entwicklung in England

Der Konflikt zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten, der "at law" und der "in equity", wurde 1616 durch Jakob I. grundsätzlich zugunsten des Kanzlers beigelegt.

Die injunction war somit als Rechtsbehelf anerkannt. Da aber durch den königlichen Entscheid Klarheit geschaffen war, schliffen sich die ursprünglichen Gegensätze bald ab.[2] Die Grenzen zwischen beiden Gerichtsbarkeiten wurden herausgearbeitet und respektiert. Auch dem wirtschaftlichen Wettbewerb der Richter wurde der Boden entzogen, als ihnen eine Besoldung zuerkannt wurde, und sie zu ihrem Lebensunterhalt nicht mehr auf die Gerichtsgebühren angewiesen waren.[3] Die injunction schwand im Verhältnis der englischen Gerichte zueinander.

Beide Gerichtszweige wurden in den Judicature Acts von 1873 und 1875 schließlich zum High Court mit seinen drei Unterabteilungen - Queen's oder King's Bench, Chancery sowie Probate, Divorce und Admiralty Division -

---

1) s. vorige FN.
2) zu dem gleichwohl unbefriedigenden Zustand Gerland, Gerichtsverfassung, Bd. 1, S. 301.
3) s. Hatschek, Das Staatsrecht Großbritanniens, S.261.

verschmolzen.[1]

Schon im Jahr 1665 eröffnete sich ein anderes Anwendungsgebiet für die injunction. In einem Fall[2] stellte eine Partei vor dem Kanzler den Antrag, dem Gegner aufzugeben, das Prozessieren in einer fremden (foreign) Gerichtsbarkeit zu unterlassen. Das Gericht in equity, das über die injunction, die erlassen worden war, zu befinden hatte, folgte dem Vorschlag der gelehrten Richter. Es hob die injunction auf. Der Reporter, der den Fall aufgezeichnet hatte, berichtete jedoch:

> "sed quaere; denn die gesamte Anwaltschaft (bar) war anderer Meinung. Es wurde zwar ausgeführt, eine injunction käme nicht in Frage für eine fremde jurisdiction, ebenso wenig sei sie außerhalb des königlichen Herrschaftsbereiches anwendbar. Hierauf wurde geantwortet, die injunction richte sich nicht gegen das Gericht, sondern an die Partei."[3]

Die Ansicht, die die Zulässigkeit der injunction daraus ableitete, daß sie nur gegen die Partei wirke (in personam Doktrin), wurde herrschend. Im englischen Rechtsbereich hat sich die injunction gegen ausländische Prozesse durchgesetzt.[4]

2.3 Die Entwicklung in den USA

Nachdem sich die nordamerikanischen Kolonien vom englischen Mutterland gelöst hatten, spielte die equity keine große Rolle in den neuen Staaten. Doch setzte sich die britische Tradition im Lauf der Zeit wieder

---

1) Hanbury, Modern Equity, S.20 ff.; Gerland, Gerichtsverfassung, S. 303, 313.
2) Love v. Baker.
3) Übers. v. Verf.
4) eine Übersicht über die Rechtslage in England gibt Note, Col.J.Transn.L. Bd.5, S.308.

durch. Einer der größten Rechtsgelehrten Amerikas, Joseph Story,[1] gab die equity Regeln an die amerikanische Nation weiter. Sein dreibändiges Handbuch über Equity Jurisprudence, das viele Auflagen erlebte, ist die erste literarische Quelle der equity Regeln in den USA.

In diesem Werk[2] finden wir auch grundsätzliche Ausführungen über die Zulässigkeit der injunction. Story stellt fest, daß es den Gerichten eines Landes (F 2) verwehrt sei, eine Kontrolle über die Gerichte eines anderen Landes (F 1) auszuüben. Dies widerspreche dem Souveränitätsprinzip. Dieses Verbot schließe jedoch eine Kontrolle aller Personen und Gegenstände innerhalb der eigenen Grenzen nicht aus. Die Gerichte könnten also durch die injunction auf die im Lande ansässigen Personen einwirken. Das Urteil in equity (decree) wirke nur in personam. Im contempt Verfahren könne es nur in personam vollstreckt werden.
Es gelte jedoch eine Ausnahme: die Gerichte eines Staates der US könnten das Prozessieren in einem Bundesgericht nicht verbieten; das gelte auch im umgekehrten Verhältnis. Diese Ausnahme habe ihren Grund im Verfassungsrecht der USA.

Die theoretische Grundlegung Story's wurde vom obersten Bundesgericht in Cole v. Cunningham bestätigt. Diese Entscheidung ist der am häufigsten zitierte Präzedenzfall, soweit eine injunction im Verhältnis der Gerichte zweier Bundesstaaten in Frage steht. Zum Verständnis der Entscheidung sei vorausgeschickt, daß zu jener Zeit das Konkursrecht noch nicht durch den Bund, sondern durch die Bundesstaaten in Einzel-

1) zu diesem Pound, the place of Judge Story in the making of American law.
2) Story, Commentaries on Equity Jurisprudence, Bd.2, Par. 899.

heiten unterschiedlich geregelt war.

> Ein Schuldner in Massachusetts war zahlungsunfähig geworden. Er hatte jedoch eine Forderung gegen einen Drittschuldner im Staate New York. Ein Gläubiger, der einen Ausfall im zu erwartenden Konkurs vermeiden wollte, trat seine Ansprüche gegen den zahlungsunfähigen Schuldner an einen Strohmann in New York ab. Dieser Strohmann verklagte den Schuldner in New York (F 1) und pfändete zur Sicherung dessen Ansprüche gegen den Drittschuldner. Die Pfängung verschaffte ihm nach dem Recht New York's einen Rang bei der Verwertung der Ansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner, der durch den Konkurs in Massachusetts nicht mehr beeinträchtigt werden konnte.
>
> Nach der Konkurseröffnung in Massachusetts verklagte der Konkursverwalter den Gläubiger in einem Gericht des Staates Massachusetts (F 2) mit dem Antrag, ihm die Fortführung des Prozesses in New York (F 1) durch seinen Strohmann zu untersagen oder ihm aufzugeben, alle Ansprüche, Rechte und Titel, die er auf den Strohmann übertragen hatte, auf ihn, den Konkursverwalter, zu übertragen. Das Gericht in Massachusetts (F 2) erließ die beantragte injunction. Das oberste Bundesgericht bestätigte diese Entscheidung. Es gibt in diesem Urteil einen Abriß der bis dahin ergangenen Entscheidungen zur injunction, deren Mehrzahl diese bejaht hatte.

Seit dieser Entscheidung ist die injunction im Recht der USA als Rechtsbehelf fest verankert. Ihre Zulässigkeit wurde nur selten angezweifelt.[1] Seit Cole v. Cunningham gilt, daß die Gerichte eines Staates (F 2) einer in diesem Staat (F 2) ansässigen Partei das Prozessieren in einem anderen Staat (F 1) untersagen kann.

Die injunction gilt auch in den USA als ein Rechtsbehelf in equity. Die Rechtspflege in equity wird in den USA nicht einheitlich durchgeführt. Es gibt drei

---

1) z.B. Mead v. Merritt.

Systeme.

a) Es existieren zwei Gerichtszweige, einer für Prozesse at law, ein anderer für Prozesse in equity. Beide Gerichtszweige folgen einem unterschiedlichen Verfahren.

   Dieses System existiert, soweit ersichtlich, noch in 4 Staaten, vor allem in Delaware. New Jersey hat erst im Jahre 1948 dieses System aufgegeben.

b) Equity und law werden von denselben Gerichten verwaltet. Doch existieren innerhalb der Gerichte zwei Abteilungen, eine für equity, die andere für law, die ein unterschiedliches Verfahren anwenden. Normalerweise ermöglichen gesetzliche Vorschriften eine mühelose Verweisung von einer Abteilung in die andere.

   Dieses System kennen heute noch Massachusetts, sowie rund weitere 14 Staaten. Die Bundesgerichte waren bis 1938 diesem System zuzuordnen.

c) Ein Gericht wendet equity und law in einem einheitlichen Verfahren an.

   Schon im Jahre 1848, also vor der Reform in England[1], trat im Staate New York ein Prozeß- bzw. Gerichtsverfassungsrecht in Kraft, das die beiden Gerichtszweige, at law und in equity, sowie die beiden entsprechenden Rechtsmassen verschmolz. Diese neue Prozeß- bzw. Gerichtsordnung beeinflußte die Entwicklung in den USA in starkem Maße.[2] Dem Vorbild des Staates New York folgen etwa 30 Staaten und Territorien sowie die Bundesgerichte seit 1938.[3]

Es ist jedoch auch heute noch scharf zwischen law und

---

1) s. oben S.157 f.
2) Vorkämpfer dieser Kodifikation im Staat N.Y. war Field. Über ihn s. Fulda, Einführung, S. 39 f.
3) Chaffee-Re, Cases on Equity, S.12 f.; Newman, Equity, S.50 ff.; McClintock, Equity, S.13 FN 46 gibt die Jahreszahlen der Reformen in den einzelnen Staaten bis zum Jahr 1948.

equity zu unterscheiden. Die Verfassung des Bundes (7. amendment) sieht auch im Zivilprozeß at law in allen Gerichten der USA eine Verhandlung vor Geschworenen vor. Schon zu dem Zeitpunkt, als die Verfassung in Kraft trat, galt dieses Privileg nur für eine Klage at law. Dieses Recht auf einen Laienrichter erhob die Verfassung zu einem Grundrecht. Unzweifelhaft hat der Zivilkläger heute ein Recht auf ein Verfahren vor Geschworenen in den Fällen, die nach der Anschauung um 1800 nach common law zu beurteilen waren. Ebenso unzweifelhaft steht einem Kläger heute dieses Recht in den Fällen nicht zu, die damals schon vom Richter in equity ohne jury entschieden wurden. Was mit Ansprüchen und Rechtsschutzformen zu geschehen hat, die durch Gesetz nach Inkrafttreten der Verfassung geschaffen wurden, ist eine umstrittene Frage, die hier nicht zu erörtern ist. Es genügt festzuhalten, daß im Hinblick auf diese Verfassungsbestimmung die Unterscheidung zwischen law und equity auch in Zukunft getroffen werden muß. Da die injunction im weiteren Sinn ein Rechtsbehelf ist, der vom englischen Kanzler entwickelt wurde, sind an seinem Erlaß keine Geschworenen beteiligt.

3. Die wichtigsten Fallgruppen der antisuitinjunction

3.1 Scheidungsfälle

3.1.1 Hintergrund: die Scheidungsparadiese

Das Scheidungsrecht ist in den USA durch die Einzelstaaten, also nicht durch den Bund geregelt.[1] Dies bedingt Unterschiede in den einzelnen Scheidungsrechten. Auf der einen Seite finden wir Staaten mit liberalem Scheidungsrecht, auf der anderen Seite Staaten

---

1) Parker, Privatrecht, S. 40.

deren Recht die Scheidung zwar nicht ausschließt, aber doch an schärfere Voraussetzungen knüpft.[1] Der Staat New York hatte bis 1966 einschließlich ein Scheidungsrecht, das als einzigen Scheidungsgrund Ehebruch kannte.[2]

Selbst wenn die Vorschriften im Recht einzelner Staaten gleich lauten sollten, gibt es in der Praxis der Gerichte immer noch erhebliche Unterschiede. Ein Verfahren kann lang- oder kurz gestaltet werden. Die Beweisanforderung für einen Scheidungsgrund kann hoch geschraubt sein. Der Staat New York wird, obwohl er den Wortlaut seines Scheidungsrechts dem Recht der Mehrheit der übrigen Staaten angeglichen hat, in nächster Zeit nicht zum Scheidungsparadies werden.

Um das Bild zu vervollständigen, sind einige Staaten Mexikos zu berücksichtigen. Auch sie stellen oder stellten[3] ein sehr großzügiges, wenn nicht das großzügigste Scheidungsrecht zur Verfügung. So kennt der mexikanische Staat Chihuahua die Scheidung aus Einverständnis und wegen Unvereinbarkeit der Charaktere.[4]

Die Eheleute versuchen selbstverständlich, sich in einem dieser sogenannten Scheidungsparadiese scheiden zu lassen, wenn ihr Heimatstaat einer Scheidung Schwierigkeiten in den Weg legt. Voraussetzung hierfür ist, daß die Gerichte dieser Staaten nach Bundes- und nach ihrem eigenen (in Mexiko nur nach mexikanischem) Recht in der Lage sind, die scheidungswilligen Eheleute zu scheiden. Das angerufene Gericht muß also die jurisdiction über den Fall haben.[5] Eine Voraussetzung ist,

---

1) zum folgenden sehr aufschlußreich Blake, The road to Renc
2) alte Fassung des Art.170 Dom.Rel.Law; zu der Reform s. v.Hippel Eike, FamRZ 1969, S. 457
3) s. unten S. 164 FN 3.
4) hierzu Comment, Nw.L.Rev. Bd.61, S.584; Trois v. Trois.
5) die Voraussetzungen des Rechts in den USA gibt Parker, ZfRV 1961, S. 12 wieder.

u.a. in den USA, daß einer der Ehepartner Wohnsitz im Gerichtsstaat besitzt, sei es auch nur der Kläger. Wohnsitz beinhaltet zweierlei:[1] Der Einwohner muß einmal im Staate anwesend sein als objektives Merkmal. Zum anderen muß er die Absicht haben, in diesem Staat sein Heim oder Lebenszentrum zu errichten als subjektives Merkmal. Die Gesetze einiger Staaten mit liberalem Scheidungsrecht schreiben vor, daß der klagende Ehepartner das Anwesenheitserfordernis nur erfüllt habe, wenn er eine gewisse Zeit im Gerichtsbezirk verbracht habe. In Nevada beträgt diese Frist z.B. 6 Wochen, in Florida 3 Monate. Die Gerichte dieser Staaten wenden diese Vorschriften meist so an, daß die Anwesenheit, als der objektive Bestandteil des Wohnsitzbegriffs, während dieser Zeit genügt, um den Wohnsitz zu bejahen. Die Gerichte machen also dieses Teilerfordernis zum einzigen Erfordernis.

Die mexikanischen Staaten machen oder machten[2] es noch einfacher. Die internationale Zuständigkeit der Gerichte eines dieser Staaten hängt davon ab, daß der Kläger sich in ein Gemeinderegister einträgt und dem Gericht diese Eintragung nachweist. Vor den Gerichten eines anderen mexikanischen Staateskonnte die Scheidung sogar im Briefverkehr erledigt werden. Man schickte einem an dem Gericht zugelassenen Anwalt eine schriftliche Vollmacht. Dieser beantragte das Scheidungsurteil. Gegen Bezahlung der Gebühren schickte der Rechtsanwalt den Parteien das Scheidungsurteil postwendend ins Haus.[3]

Die erleichterte Scheidung setzt weiter voraus, daß die Annahme der jurisdiction zu der Anwendung des

---

1) vgl. hierzu Mößlang, Der Wohnsitz, S. 8 f.
2) s. folgende FN.
3) Comment, a.a.O. (obenS.163 FN4), S. 596, Foster, NY.U.L Rev. Bd.34, S.443 FN 65,66. Der bisher im Scheidungsrecht liberalste Staat Chihuahua hat sein Recht verschärft. Mail-order Scheidungen sind ausgeschlossen worden; Gesetz v.23.10.70, das das Scheidungsrecht vom 15.7.1933 ablöste.

materiellen Scheidungsrechts des Gerichtsstaates führt. Hier gilt in den USA wie in Mexiko die Regel: Das Gericht wendet in Scheidungsverfahren nur die lex fori an. Bejaht also ein Gericht in einer Scheidungssache seine jurisdiction, dann kommt auch das Scheidungsrecht dieses Staates zur Anwendung.[1)]

Die Scheidungsparadiese sind nicht ohne Grund auch bekannte Urlaubszentren. Hinter der Liberalität in Scheidungssachen stehen handfeste wirtschaftliche Interessen. Das Scheidungsgeschäft ist ein Faktor der Volkswirtschaft. Er bringt dem Staat Gebühren, den Rechtsanwälten Einkommen, den Hotels Touristen.[2)] So müssen auch die Anwesenheitsvorschriften in den einzelnen Gesetzen verstanden werden. Sie sollen die Scheidungsbesucher eine gewisse Zeit im Lande halten. Auf dem Scheidungsmarkt herrscht ein Wettbewerb zwischen den Staaten, der sie zur weiteren Liberalisierung der Scheidungsregeln treibt.[3)]

---

1) Rheinstein, Conn.B.J. Bd.23, S.293; Comment, a.a.O., S.589 ff.; s. auch Currie D., U of Chi.L.Rev. Bd.34, S. 26 und oben S.62.

2) Für die Jungferninseln, einem Territorium der USA mit liberalem Scheidungsrecht, wurde nach einer Zeitungsmeldung der Kapitalzustrom an Gebühren, Honoraren und sonstigen Ausgaben für eines der Jahre vor 1966 auf etwa 300 000,-- Dollar geschätzt.

3) So erklärte ein Mitglied des Gesetzgebungsorgans der Jungferninseln besorgt:
"Unfortunately, because of an error in the original law.... it now becomes necessary for us to consider another amendment which is designed to enhance this U-coming business" (zitiert in D. Currie, Suitcase Divorce 46)
- U-coming bedeutet: die scheidungswilligen Besucher reisen an= Abstrich; Sie halten sich auf den Inseln auf und geben Geld aus = Bogen, sie fahren geschieden wieder fort = Aufstrich. -

In der N.Y. Times vom Samstag, den 8. April 1967 hieß es, der Gouverneur von Nev. habe eine Novelle des Scheidungsrechts unterzeichnet, in der "Unvereinbarkeit der Charaktere" der Liste der Scheidungsgründe hinzugefügt werde und die Trennungszeit als Voraussetzung der Scheidung von drei auf ein Jahr herabgesetzt werde... Einige Anwälte hätten auf die Novelle

(Forts. S. 166).

Wenn beide Ehepartner scheidungswillig und sich über die Bedingungen der Scheidung einig sind, fahren sie gemeinsam zum Urlaub in eines der Scheidungsparadiese und kehren geschieden zurück. Es gibt praktisch keine Möglichkeit, diese einverständlichen Scheidungen anzufechten.[1)]

Widersetzt sich jedoch ein Partner der Scheidung oder ist er mit den angebotenen Bedingungen - Unterhalt, Sorgerecht für die Kinder, Wohnrecht etc. - nicht einverstanden, dann mag sich der scheidungswillige Partner in ein Scheidungsparadies begeben, um eine Scheidung "ex parte", d.h. eine Scheidung in Abwesenheit des anderen Ehegatten, zu erhalten.[2)] In der Praxis behauptet der Kläger die Tatsachen, die die jurisdiction und den Scheidungsgrund tragen. Da der Gegner an dem Verfahren nicht teilnimmt, werden keine Beweise erhoben, die Ehe wird geschieden. In diesem Scheidungsverfahren ex parte kommt die injunction ins Spiel. Der Ehepartner, der im Heimatstaat geblieben ist und sich weigert, überhaupt oder zu den angebotenen Bedingungen, zuzustimmen, versucht, sich gegen das Scheidungsverfahren außerhalb seines Heimatstaates (F 1) zur Wehr zu setzen.

Auf diesem Hintergrund sind die folgenden Fälle zu betrachten, in denen die widerstrebenden Ehegatten

---

Forts. v. S.165 FN 3:
gedrungen, da Nev. viele seiner Scheidungsurkunden an andere Staaten und an Mexiko verloren habe. Außerdem sei "Unvereinbarkeit" mit der Realität der Scheidungspraxis eher vereinbar als "seelische Grausamkeit".
Wegen weiterer Einzelheiten s. Blake, The Road to Reno, S. 152 ff.

1) Sherrer v. Sherrer, Coe v. Coe; Johnson v. Muelberger.

2) Verfahren "ex parte" werden nichtstreitige Verfahren genannt - vergleichbar etwa den deutschen Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen das Gericht gestaltend tätig wird. Der Begriff wird aber auch auf Fälle angewandt, in denen die beklagte Partei sich nicht auf den Prozeß einläßt, d.h. wenn sie sich nicht der jurisdiction des Gerichts unterwirft. Hat die beklagte Partei die jurisdiction anerkannt, bleibt sie aber im Verhandlungstermin aus, dann wird dieses Versäumnis "default" genannt, s.Rheinstein, a.a.O., S.292.

eine injunction beantragen.

3.1.2 Fälle aus dem Staat New York

Die Rechtsprechung der Gerichte im Staate New York in Fällen der injunction wurde ursprünglich durch Greenberg v. Greenberg bestimmt:[1)]

> Der Scheidungsprozeß ex parte (F 1) fand in Mexiko statt. Der andere Ehegatte beantragte in einem Gericht des Staates New York (F 2) eine einstweilige injunction gegen den scheidungswilligen Ehepartner. Das Gericht (F 2) erließ die injunction.

Die Regel von Greenberg v. Greenberg galt auch für Prozesse (F 1) in einem anderen Bundesstaat.

Eine radikale Änderung dieser Rechtsprechung brachte Goldstein v. Goldstein:

> Dort fand der Scheidungsprozeß ex parte in Florida (F 1) statt. Die Ehefrau beantragte in New York (F 2) den Erlaß einer einstweiligen injunction. Das Gericht 1. Instanz (F 2) erließ die beantragte injunction. Das Berufungsgericht bestätigt diese Entscheidung. Das oberste Gericht des Staates New York hob die injunction auf. Es war der Ansicht, Florida könne in diesem Fall kein Scheidungsurteil erlassen, das die Gerichte des Staates New York im Rahmen der Bundesverfassung binde, da sich der Ehewohnsitz der Goldstein's nicht in Florida befinde, der Ehemann seine Frau vielmehr verlassen habe. Die Ehefrau bedürfe zum Schutz ihrer Interessen nicht der injunction. Sie könne diese Interessen ebenso wirksam in dem Verfahren um die Anerkennung der Scheidung in New York geltend machen, das der Ehemann durchführen müsse.

Um diese Wendung zu verstehen, bedarf es eines Blicks auf die Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts. Im Jahre 1906 hatte dieses in Haddock v. Haddock die Grundsätze aufgestellt[2)], auf die sich die Richter in

---

1) s. auch Jeffe v. Jeffe.
2) Darstellung dieses Falles bei Harder, Die Anerkennung, S. 131 ff.

Goldstein v. Goldstein berufen:

> Dort handelte es sich um eine ex parte-Scheidung im Staate Connecticut. Dieser Scheidung wurde im Staat New York die Anerkennung versagt. Das oberste Bundesgericht hatte über die Frage zu entscheiden, ob die Gerichte des Staates New York gegen die in der full faith and credit-Klausel der Bundesverfassung statuierte Pflicht zur Anerkennung von Urteilen anderer Bundesstaaten verstoßen hatten. Das Gericht stellte in diesem Zusammenhang folgende Regeln auf: Ein Bundesstaat könne innerhalb seiner Grenzen wirksam die eherechtlichen Beziehungen eines seiner Bürger regeln, also auch eine Ehe scheiden, wenn nur der klagende Ehepartner seinen Wohnsitz in diesem Staat habe.1) Die Bundesverfassung zwinge jedoch andere Staaten nicht, dieses Scheidungsurteil anzuerkennen,2) es sei denn, die Ehefrau (die zumeist der Scheidungsbeklagte ist) habe selbst ihren Wohnsitz in dem Scheidungsstaat3), die Klage sei ihr persönlich zugestellt4) oder das Ehedomizil falle mit dem Wohnsitz des klagenden Ehegatten zusammen. In letzterem Fall sei die vom Ehedomizil abwesende Ehefrau so zu behandeln, als habe sie trotzdem dort noch ihren Wohnsitz. Es könne ihr deshalb wirksam am Ehewohnsitz zugestellt werden, obwohl sie abwesend sei.5) Hätten jedoch die Eheleute den Ehenwohnsitz in einem Staat und verlasse der Mann die Frau und den Staat, um seinen Eheverpflichtungen zu entgehen, dann führe er den Ehewohnsitz nicht mit sich.6)
>
> Da der Ehemann seinen Wohnsitz z.Zt. der Scheidung in Connecticut gehabt habe, hätten ihn die Gerichte dieses Staates mit Wirkung für diesen Staat scheiden können. Seine Ehefrau habe jedoch dort weder Wohnsitz gehabt, noch sei ihr die Klage persönlich dort zugestellt worden, auch habe der Mann das Ehedomizil nicht mit sich geführt, da er seine Frau verlassen habe. Der Staat New York sei deshalb nicht verpflichtet gewesen, diese in Connecticut wirksame Scheidung anzuerkennen.

---

1) S. 569.
2) S. 606.
3) S. 570.
4) S. 570.
5) S. 571.
6) S. 570 f.

In Goldstein v. Goldstein lag es ebenso. Goldstein konnte zwar wirksam in Florida geschieden werden, wenn er dort Wohnsitz hatte. Doch brauchte sich der Staat New York um diese Scheidung nicht zu kümmern. Die Fallgestaltung, die dem Haddock-Fall zugrunde liegt, kehrt in der Mehrzahl der injunction Fälle wieder. Ein Ehepartner verläßt den anderen, um sich scheiden zu lassen. Die Grundvoraussetzung der Haddock-Regel ist also meistens gegeben.

Wenn aber Goldstein v. Goldstein die injunction schon in den Fällen ausschloß, in denen ein Scheidungsurteil eines anderen Bundesstaates nicht anerkannt zu werden brauchte, dann galt der Ausschluß erst recht in den Fällen, in denen der abtrünnige Partner die Scheidung im Ausland suchte. Denn gegenüber ausländischen Urteilen ist der Staat New York in keinem Fall durch die Bundesverfassung zur Anerkennung verpflichtet.[1] Eine Anerkennung solcher Urteile liegt im Ermessen des Gesetzgebers bzw. der Gerichte des Staates New York. Die Greenberg-Regel war also durch den Goldstein-Fall in ihrem ganzen Anwendungsbereich aufgehoben.

Zwei Jahre nach der Entscheidung des Goldstein-Falles änderte das oberste Bundesgericht seine Rechtsprechung und hob die Haddock-Regel in Williams v. North Carolina (I) auf:

> Dort behandelte ein Gericht des Staates North Carolina gemäß der Haddock-Regel eine ex parte-Scheidung im Staate Nevada als nicht anerkennungsfähig. Zwei in Nevada geschiedene Personen, die sich dort wiederverheiratet hatten, wurden in North Carolina wegen Bigamie bestraft. Diese Strafurteile konnten auf zwei Wegen begründet werden:
> a) Sie konnten im tatsächlichen Bereich feststellen, daß die beiden Angeklagten zur Zeit der Scheidung nicht in Nevada ihren Wohnsitz hatten. Das Gericht in Nevada hätte dann keine jurisdiction zur Scheidung gehabt. Die Schei-

---

1) Zur Anerkennung und Vollstreckung ausl. Urteile in den USA im allgemeinen s. Peterson, RabelsZ Bd.33, S. 543 ff.

dungsurteile wären sowohl in Nevada wie auch in North Carolina unwirksam gewesen. Ein Anerkennungsproblem hätte nicht bestanden.
b) Sie konnten aber auch aufgrund der rechtlichen Argumentation aus der Haddock-Regel die Scheidungsurteile als in North Carolina unwirksam behandeln.
Aus den Begründungen der Strafurteile ging nicht klar hervor, auf welchen Grund sich die Gerichte in North Carolina gestützt hatten. 1) Das oberste Bundesgericht unterstellte deshalb zugunsten der Angeklagten, sie hätten Wohnsitz in Nevada gehabt. Es folgte dann dem Haddock-Fall nur im ersten Teil der Regel. Ein Bundesstaat könne wirksam eine Ehe scheiden, wenn auch nur der klagende Ehepartner Wohnsitz im Scheidungsstaat habe. Abweichend hielt es jedoch auch die anderen Staaten für verpflichtet, diese Entscheidung anzuerkennen, unabhängig davon, ob die im Haddock-Fall aufgezählten zusätzlichen Voraussetzungen gegeben seien.2)

Nach der Entscheidung von Williams v. North Carolina (I) war die Argumentation von Goldstein v. Goldstein fragwürdig geworden. Allerdings wäre es nun möglich gewesen, die injunction aus einem anderen Grund zu verweigern. Unter der full faith and credit-Klausel sind die Bundesstaaten nicht verpflichtet, sich der Entscheidung des Scheidungsgerichts über die Vorfrage der jurisdiction, d.h. über den Wohnsitz, zu beugen. Sie können vielmehr diese Frage wieder aufwerfen, anders als das Scheidungsgericht (F 1) entscheiden und dem Scheidungsurteil in der Sache den Boden entziehen.3) Diese Frage wurde eingehend in dem Fall In Re Holmes' Estate erörtert. Der Fall betrifft zwar keine injunction, ist aber für die Frage des Umfangs der Bindungswirkung des in einem anderen Bundesstaat erlassenen Scheidungsurteils von ausschlaggebender Bedeutung:

Dort handelte es sich um eine ex parte-Scheidung in Nevada. Der in Nevada frisch geschiedene Ehemann ehelichte eine andere

---

1) Williams v. North Carolina (I), S. 291.
2) S. 293.
3) Martin v. Martin .

Frau. Die im Staat New York zurückgebliebene Ehefrau klagte ihrerseits im Staat New York auf Scheidung. Die Ehe wurde im Staat New York noch unter der Geltung der Haddock-Regel noch einmal wegen Ehebruchs geschieden. Als die zweite Ehefrau starb, stritten sich der Ehemann und die Schwester der zweiten Ehefrau um die Nachlaßverwaltung. Vor dem Tod der zweiten Ehefrau war allerdings die Haddock-Regel durch die Entscheidung Williams v. North Carolina (I) aufgehoben worden. Der oberste Gerichtshof des Staates New York führte aus: Der Ehemann habe keinen Anspruch auf die Verwaltung des Nachlasses seiner zweiten Frau, wenn seine Ehe mit ihr ungültig gewesen sei. Nach der Entscheidung Williams (I) sei sie nur unwirksam, wenn der Ehemann in Nevada zur Zeit der Scheidung keinen Wohnsitz gehabt habe. Fraglich war allerdings, ob nicht schon das Gericht im Staate New York, das die 1. Ehe des Ehemanns noch einmal geschieden hatte, nicht schon mit Wirkung gegenüber jedermann festgestellt hatte, daß das vorhergehende Scheidungsurteil in Nevada unwirksam sei. Der oberste Gerichtshof von New York begrenzte jedoch die Rechtskraft des Scheidungsurteils in New York auf den Gestaltungsausspruch der Scheidung. Die zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen würden nicht von der Rechtskraftwirkung mit umfaßt. Diese Teile der Entscheidung könnten allenfalls zwischen den Parteien des Scheidungsverfahrens im Staate New York, also zwischen dem Ehemann und seiner ersten Ehefrau, in Rechtskraft erwachsen.

Aus zwei Entscheidungen des obersten Bundesgerichts leitete das Gericht dann den Satz ab, das Scheidungsurteil in Nevada könne nur unbeachtet bleiben, wenn die Schwester der verstorbenen zweiten Ehefrau, die nicht Partei im Scheidungsverfahren im Staate New York gewesen sei, Beweis dafür antrete, daß der Ehemann zur Zeit der Scheidung in Nevada dort keinen Wohnsitz gehabt habe. Der Erlaß des Scheidungsurteils in Nevada schaffe die Vermutung, daß das dortige Scheidungsgericht jurisdiction besessen habe, d.h. daß der Ehemann in Nevada Wohnsitz gehabt habe. Diese Vermutung müsse widerlegt werden. 1)

---

1) "... presumtion that the court had jurisdiction to render judgment, though, doubtless, the validity may be impeached by extrinsic evidence (Nachweise)" S. 430.

Dieser Linie folgten die Untergerichte auch in Fällen der injunction. Das Urteil im Scheidungsstaat (F 1) wurde als prima facie-Beweis dafür angesehen, daß das entscheidende Gericht (F 1) jurisdiction in der Streitsache gehabt habe. Die Gerichte des Staates New York hielten unter diesen Umständen die Goldstein-Regel für überholt.[1)]

Nur in einem Fall, Carr v. Carr, lehnte das Gericht in einem obiter dictum es ab, wegen Williams (I) die Zulässigkeit der injunction zu bejahen. Habe der abtrünnige Ehegatte in dem Staat, wo er geschieden werde, keinen Wohnsitz, so sei das Scheidungsurteil selbst in diesem Staat null und nichtig. Diese Nichtigkeit könne im Anerkennungsverfahren geltend gemacht werden.[2)]

Im Jahre 1945 befaßte sich das oberste Bundesgericht in Williams v. North Carolina (II) noch einmal mit dieser Frage:

> Auf die Entscheidung Williams (I) hin war gegen die angeblichen Bigamisten erneut ein Strafverfahren durchgeführt worden. Die Geschworenen fanden diesmal, die beiden Angeklagten hätten zur Zeit der Scheidung in Nevada nicht in Nevada, sondern in North Carolina ihren Wohnsitz gehabt. Die Scheidungsurteile seien also null und nichtig. Mit dieser Begründung des Urteils war das oberste Bundesgericht einverstanden. Allerdings führte es aus, die Entscheidung des Scheidungsgerichts, das eine jurisdiction bejaht habe, dürfe nicht leichthin übergangen werden. Nur bei entsprechenden Gegenbeweisen dürfe das Gericht, das die jurisdiction des Scheidungsgerichts überprüfe, gegen dessen Feststellungen entscheiden. 3)

---

1) Selkowitz v. Selkowitz; Adams v. Adams; Oltarsh v. Oltarsh; Holmes v. Holmes; Ciacco v. Ciacco; Palmer v. Palmer; Maloney v. Maloney; Lawrence v. Lawrence; In Ashkenaz v. Ashkenaz hatte die Ehefrau, die sich zu ihrer Verteidigung in das vom Ehemann in Nev. angestrengte Scheidungsverfahren (F 1) eingelassen hatte, in ihrem Unterhaltsverfahren in N.Y. (F 2) (Forts. S. 173).

Die Beweislastumkehrung wurde also bestätigt, aufgrund deren die Gerichte des Staates New York sich von der Goldstein-Regel abgewandt hatten. Seitdem wurde die injunction in den Fällen, in denen sich der ehemüde Partner in einen anderen Bundesstaat begeben hatte, zu einer Waffe in den Händen des Partners, der die Scheidung verweigerte,[1] oder die Entscheidung zum Höchstpreis an Unterhaltsbeiträgen verkaufen wollte.[2] Die Interessenbewertung von Greenberg v. Greenberg war nach den beiden Williams-Entscheidungen wieder zu Ehren gekommen.

Die beiden Williams-Entscheidungen konnten allerdings die Gerichte des Staates New York nur hinsichtlich der Urteile binden, die in anderen Bundesstaaten gefällt worden waren. Die Bundesverfassung regelt nicht das Verhältnis zwischen dem Staat New York und ausländischen Staaten. Gegenüber ausländischen, speziell mexikanischen, Scheidungsurteilen konnten die Gerichte des Staates New York ihre eigene Anerkennungspolitik verfolgen.[3] Ebensowenig waren hier die Gerichte des Staates New York vom obersten Bundesgericht an eine Beweislastverteilung

---

Forts. v. S. 172 FN 1:
eine injunction beantragt. F 2 erließ die injunction, weil hier das Scheidungsurteil auf jeden Fall wegen Teilnahme der Ehefrau am Verfahren in F 1 Bindungswirkung in N.Y. entfalten würde.

2) Der Erlaß der injunction wurde schließlich aus einem anderen Grund abgelehnt.

3) "... appropriate weight was given to the finding of domicile in the Nevada decree, and that finding was allowed to be overturned only by relevant standards of proof" S. 236 (Herv.v.Verf.)

1) Pereira v. Pereira; Hammer v. Hammer, Niver v. Niver; vgl. auch Dominick v. Dominick

2) s. hierzu die bissige Begründung in Rosenstiel v. Rosenstiel (I)

3) Der Ausschluß der injunction hängt von der Freiheit N.Y. zur Anerkennung eines Urteils von F 1 ab. Nicht entscheidend ist, ob N.Y. tatsächlich eine bestimmte Gruppe ausländischer Entscheidungen anerkennt. Deshalb hat Rosenstiel v. Rosenstiel (II) auf den Ausschluß der injunction nach Rosenbaum v. Rosenbaum keinen Einfluß; vgl. auch unten S. 221.

gebunden. Diese Fallgestaltungen (F 1 = Ausland) wurden weiter von der Goldstein-Regel erfaßt. Die Gerichte des Staates New York lehnten und lehnen bei ausländischen Scheidungen folgerichtig den Erlaß einer injunction ab. Bis zum Jahr 1955 handelte es sich allerdings um Entscheidungen der Untergerichte.[1] In diesem Jahr jedoch bestätigte der oberste Gerichtshof des Staates New York diese Rechtsprechung in Rosenbaum v. Rosenbaum:[2]

> Dort handelte es sich um ein Scheidungsverfahren ex parte in Mexiko (F 1). Die Ehefrau beantragte in einem Gericht des Staates New York (F 2) eine injunction. Die injunction wurde ihr endgültig vom obersten Gerichtshof des Staates New York verweigert mit der Begründung, die Gerichte des Staates New York brauchten die Urteile mexikanischer Gerichte nicht anzuerkennen. Wenn sich die Ehefrau gegen den von einem mexikanischen Urteil erzeugten Rechtsschein wehren wolle, könne sie auf Feststellung der Unwirksamkeit dieses Urteils klagen. Sie bedürfe deshalb nicht des Schutzes einer injunction.

Diese Regel wurde von einem Berufungsgericht in Arpels v. Arpels auf ein französisches Scheidungsverfahren (F 1) angewandt:

> In diesem Fall war dem französischen Scheidungsverfahren (F 1) im Staat New York ein Trennungs- und Unterhaltsurteil vorausgegangen. Dieses Urteil basierte auf einer Vereinbarung der Eheleute, daß die Unterhaltspflicht des Ehemannes, wie im Urteil festgesetzt, eine Scheidung überdauern sollte. Die Ehefrau beantragte nun in einem Gericht

---

1) Newman v. Newman; Armetta v. Armetta; Gaskell v. Gaskell; Winikoff v. Winikoff; Hess v. Hess; Goodstein v. Goodstein; - Niver v. Niver bezweifelt in einem obiter dictum - der Fall betraf einen anderen Bundesstaat (F 1) - die Gültigkeit der Goldstein-Regel auch bezüglich ausländischer Verfahren (F 1), allerdings zu Unrecht. Denn die Goldstein-Regel wird fortgeführt in:
Borax v. Borax; Lipman v. Lipman; Sanguinetti v. Sanguinetti; Kramer v. Kramer; Fromer v. Fromer .

2) s. hierzu auch Harder, Die Anerkennung, S. 119 f.

des Staates New York eine injunction (F 2). Das Berufungsgericht wies schließlich die Frau ab. Einmal könne sie ihre Interessen in dem Verfahren über die Anerkennung des französischen Scheidungsurteils geltend machen, da dieses Urteil nicht unter die full faith and credit-Klausel falle. Zum anderen bedeute der Erlaß der injunction ein Einschmuggeln heimischer Rechtsinstitutionen in ein ausländisches Gerichtsverfahren. 1) Überdies sei anzunehmen, daß die französischen Richter, die in dem Trennungsurteil des New Yorker festgehaltene Vereinbarung der Parteien berücksichtigen würden.

Die bisher behandelten Fälle behandeln alle die Problematik, die man nach deutscher Terminologie dem Grund der Unterlassungsklage oder der einstweiligen Verfügung zuordnen würde. Darüber hinaus bestehen für den Erlaß einer injunction auch noch Zulässigkeitsvoraussetzungen. Deren wichtigste ist die jurisdiction. Die Frage lautet also, ob das Gericht nach Bundes- und Einzelstaatsrecht befugt ist, überhaupt gegen diesen Adressaten eine injunction zu erlassen.

Die Bundesverfassung setzt die Mindestvoraussetzungen durch die due process-Klausel (14. amendment) fest. Der Kreis dieser Voraussetzungen kann durch das Recht der einzelnen Bundesstaaten erweitert, aber nicht unterschritten werden.

Veraltet und unter der Bundesverfassung zweifelhaft ist der Fall, daß die jurisdiction zum Erlaß einer injunction an den ehelichen Wohnsitz oder die Be-

---

1) "To enjoin such an action between parties who are not citizens here, but who are subject to the laws of the other nation, would be an extraordinary insinuation of the processes of our domestic institutions into the judicial action of a foreign nation" S.758 Hier klingt das Argument an, die Gerichte würden nicht in den Hoheitsbereich eines ausländischen Staates eingreifen. Daß dies für die injunction i.w.S. im allgemeinen nicht gilt, beweist Columbia Nastri & Carta Carbone SpA v. Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co., s. zu diesem Fall s. die Anm.v.Owens, Tx.Int.L. Forum Bd.3, S.323.

legenheit der Ehe geknüpft wird. Der eheliche Wohnsitz war dort begründet, wo die Parteien als Eheleute zusammenlebten. Der eheliche Wohnsitz folgte dem Wohnsitz des Mannes, es sei denn, er habe seine Frau böswillig verlassen. Darüber hinaus galt früher auch die Regel, daß die Ehefrau keinen selbständigen Wohnsitz begründen könne, ihr Wohnsitz vielmehr dem Mannes- und Ehewohnsitz folge.[1] Diese Auffassung ist seit Torlonia v. Torlonia aufgegeben.

In einem einzigen Fall gründete ein Gericht in neuerer Zeit[2] die jurisdiction zum Erlaß einer injunction ausschließlich darauf, daß sich der Ehewohnsitz im Staate New York befunden habe. Es verwechselte hierbei wahrscheinlich die jurisdiction über die Ehe und die durch sie begründeten Rechtsbeziehungen, als deren Grundlage man lange Zeit den ehelichen Wohnsitz für ausreichend erachtete, mit der jurisdiction über die Partei, an die die injunction gerichtet werden soll.[3]

Die Masse der Fälle setzt den Wohnsitz des Adressaten im Staate New York für die jurisdiction zum Erlaß der injunction voraus.[4] In den Fällen, in denen die Frage umstritten ist, ob der Adressat Wohnsitz im Staat New York hat, kann das Gericht, bis diese Vorfrage geklärt ist, eine einstweilige injunction erlassen.[5] Allerdings sind die Gerichte abgeneigt, selbst einen vorläufigen Schutz zu gewähren, wenn

---

1) s. hierzu Haddock v. Haddock, oben S. 167 f.
2) Selkowitz v. Selkowitz.
3) Allerdings könnte die Entscheidung möglicherweise gerechtfertigt werden unter der Auslegung, die Intern. Shoe Co. v. Washington in Travelers Health Ass'n v. Virginia gefunden hat. Vgl. hierzu Leflar, J.of Publ.L. Bd.9, S.282.
4) Mishkin v. Mishkin; Barzilay v. Barzilay; Bauer v. Bauer; Albert v. Albert; Hoenig v. Hoenig; Rosenstiel v. Rosenstiel(I); Faulk v. Faulk; Pines v. Pines.
5) Silver v. Silver.

der Adressat mit guten Gründen seinen Wohnsitz im Staate New York bestreitet, und sich die Klägerin bzw. Antragstellerin (F 2) zur Begründung ihrer gegenteiligen Behauptung nur auf eine eidesstattliche Versicherung (affidavit) stützt.[1)]

Zwar wurde in McDonald v. McDonald der Wohnsitz des Adressaten im Staate New York als unumgänglich vorausgesetzt. Doch haben die Gerichte zumeist ihre jurisdiction auch dann bejaht, wenn sich der Adressat, an den die injunction gerichtet werden sollte, auf einen Scheidungs- oder Unterhaltsprozeß in New York eingelassen hatte, ja sogar als Kläger aufgetreten war.[2)] Die injunction bezweckt in diesem Fall den Schutz dieses Prozesses vor Beeinflussung durch ein Verfahren in einem anderen Bundesstaat (F 1). Die jurisdiction für die injunction wird von der jurisdiction für das zu schützende Verfahren (F 2) abgeleitet. Zur Begründung heißt es, der Adressat der injunction könne seine Einlassung in das Verfahren im Staat New York nicht auf die ihm genehmen Teile beschränken. Allerdings endet diese jurisdiction zum Erlaß einer injunction in diesem Fall mit der Beendigung des Verfahrens, dessen Schutz sie bezweckt. Wenn der Adressat durch ein Scheidungsverfahren in einem anderen Bundesstaat (F 1) in die Rechte eingreift, die der Partei, die auf die injunction anträgt, in einem Urteil zugesprochen wurden, das einen Unterhaltsprozeß im Staat New York abgeschlossen hat, muß das Gericht des Staates New York (F 2) seine jurisdiction zum Erlaß einer injunction neu begründen. Es kann sie nicht aus dem Vorprozeß,

---

1) z.B. Rosenstiel v. Rosenstiel (I), Faulk v. Faulk; Jones v. Jones (I); Weisman v. Weisman.
2) Bedient v. Bedient; Star v. Star; Mc Closkey v. Mc Closkey.

dem Unterhaltsprozeß, ableiten.[1)]

Der Erlaß der injunction steht grundsätzlich im Ermessen des angerufenen Gerichts. Gleichwohl ist die Freiheit, die der Richter in equity ursprünglich besaß, mehr oder minder gefestigten Regeln gewichen.

Die Richter verweigern den Erlaß einer injunction, wenn die Drohung eines Ehepartners, er werde sich außerhalb des Staates New York scheiden lassen, im Verbalen steckengeblieben ist, wie es in einem häuslichen Zwist öfters geschehen mag. Die Drohung hat sich in diesem Fall noch nicht zu einer tatsächlichen Gefahr verdichtet.[2)]

Oft sind die Parteien schon in ein Scheidungs- oder Unterhaltsverfahren im Staat New York verwickelt. Eine Partei beantragt, eine injunction auf Dauer (permanent) zu erlassen. Manche Gerichte lehnten gleichwohl eine injunction auf Dauer ab. Sie erließen nur eine injunction pendente lite. Sie argumentierten, die Partei, die die injunction auf Dauer begehre, könne, sobald sie im Staat New York ein Urteil erstritten habe, unter der full faith and credit-Klausel die Rechtskraft dieses Urteils in F 1 einwenden.[3)]

Ähnlich gelagert den Fällen, in denen die Gerichte ihre jurisdiction verneinten[4)], sind jene, in denen der Erlaß einer injunction abgelehnt wurde, weil die

---

1) Long v. Long; Duckworth v. Duckworth; Wolbert v. Wolbert; Siev v. Siev;
a.A.: Allan v. Allan.
2) De Raay v. De Raay; Sandhouse v. Sandhouse; Langsam v. Langsam; Storkel v. Storkel
S. auch Boston v. Boston und Niver v. Niver.
3) so z.B. Jones v. Jones (II).
4) vgl. Ridder v. Ridder.

injunction praktisch nicht vollstreckbar oder gar auf Unmögliches gerichtet sei; unmöglich z.B., wenn der Ehepartner in F 1 das zu verhindernde Scheidungsurteil schon erstritten habe.[1)]

Um nicht überspielt zu werden, beantragen Parteien oft, der Richter möge dem Adressaten nicht nur das Prozessieren in F 1 untersagen, sondern ihm ebenso verbieten, daß er sich auf ein in F 1 evtl. schon erstrittenes Urteil berufe, insbesondere aber, sich wiederverheirate. Würde einem derartigen Antrag entsprochen[2)], so stände die injunction wohl in Widerspruch zur full faith and credit-Klausel. Denn die Anerkennung der Entscheidung von F 1 würde durch den Erlaß der injunction umgangen.

Da der Ehegatte, der sich der Scheidung widersetzt, oft nicht weiß, wohin sich der scheidungswillige Partner absetzen wird, und um das Weiterwandern nach Erlaß einer injunction zu verhindern, die F 1 spezifizierte, beantragt er, wenn möglich, eine injunction gegen ein Verfahren in allen Bundesstaaten, abgesehen vom Staate New York. Die Gerichte haben diesen Anträgen gewöhnlich nicht entsprochen. Sie argumentierten, der Erlaß einer derartigen injunction käme einem Verbot an den Adressaten gleich, seinen Wohnsitz vom Staate New York in einen anderen Staat zu verlegen. Einen echten Wohnsitzwechsel, geschehe er auch zu Scheidungszwecken, wollten und könnten die Gerichte des Staates New York nicht verbieten.

---

1) Mc Donald v. Mc Donald; Philipson v. Philipson; Vaughan v. Vaughan; Sivakoff v. Sivakoff.

2) So aber wird man wohl Boyajian v. Boyajian verstehen müssen. Die Ehefrau hatte ein Unterhaltsurteil in N.Y. erstritten. Der Ehemann hatte sich später in Fla. ex parte scheiden lassen. Er klagte nun auf Feststellung der Wirksamkeit des Fla. Scheidungsurteils (F 1) in N.Y. Die Ehefrau beantragte eine injunction mit dem Inhalt, der Ehemann solle das Feststellungsverfahren unterlassen.

Entweder wurde der Erlaß der injunction abgelehnt[1], oder die injunction wurde auf das Prozessieren in einem bestimmten Staat (F 1) beschränkt.[2]

Darüber hinaus stellen die Gerichte des Staates New York keine besonderen Voraussetzungen auf. Vor allem ist es nicht Voraussetzung, daß der Ehegatte, der sich der Scheidung widersetzt, im Staat New York ein Scheidungs- oder Unterhaltsverfahren angestrengt oder ein entsprechendes Urteil erstritten hat.[3][4]

3.1.3 Fälle aus anderen Staaten

Da es nicht möglich und auch nicht notwendig ist, das gesamte Fallmaterial aufzubereiten, wurden Fälle aus einigen Staaten ausgewählt, die zeigen sollen, daß die injunction gegen Scheidungsverfahren nicht auf den Staat New York beschränkt ist.

Usen v. Usen, in Maine entschieden, ist der führende Fall in den USA, der, die Linie der Greenberg-Entscheidung fortsetzend, eine der Goldstein-Entscheidung entgegengesetzte Position bezog:

---

1) Carr v. Carr; Sivakoff v. Sivakoff; Freundlich v. Freundlich; Weiss v. Weiss; Ratcliffe v. Ratcliffe; Weisman v. Weisman; Storkel v. Storkel.
2) Edell v. Edell; Aghnides v. Aghnides (I u. II).
3) Die injunction wurde erlassen, ohne daß ein Unterhalts- oder Scheidungsverfahren anhängig war:
Selkowitz v. Selkowitz; Ciacco v. Ciacco; Niver v. Niver; Weisman v. Weisman; Murphy v. Murphy.
Ein Unterhalts- oder Scheidungsverfahren war anhängig in:
Ashkenaz v. Ashkenaz; Maloney v. Maloney; Bedient v. Bedient; Barzilay v. Barzilay; McCloskey v. McCloskey; Cann v. Cann; Boston v. Boston; Edell v. Edell, Jones v. Jones (II); Rezendes v. Rezendes; Pines v. Pines.
Ein Scheidungs-, Unterhaltsurteil oder ein Vergleich lag vor in:
Oltarsh v. Oltarsh; Lawrence v. Lawrence; Allan v. Allan; Pereira v. Pereira; Hammer v. Hammer; Aghnides v. Aghnides; Sandhouse v. Sandhouse.
4) anders wohl nur Wolman v. Wolman: Die Ehefrau hatte

(Forts. S.181)

> Es handelte sich um ein Scheidungsverfahren ex parte in Florida (F 1). Die Frau beantragte in Maine, wo das Ehepaar lebte, eine injunction (F 2). Das oberste Gericht von Maine bestätigte die Entscheidung des Untergerichts, das die injunction erlassen hatte. Das oberste Gericht ging wie Goldstein v. Goldstein von der Haddock-Regel aus, daß ein Scheidungsurteil von Florida (F 1) in Maine (F 2) keine Wirkung entfalte. Doch werde die Ehefrau in Maine auch durch ein in Maine unwirksames Urteil derart in ihren Interessen betroffen, daß der Erlaß einer injunction begründet sei. Denn sie habe Ausgaben für einen Rechtsanwalt in Florida (F 1). Es sei außerdem unerträglich, daß das Ehepaar in Maine verheiratet, in Florida aber geschieden sei; ein Argument, das später in Williams (I) mit zur Aufgabe der Haddock-Regel beitragen sollte.1)

Greenberg v. Greenberg beeinflußte auch die Rechtsprechung in Pennsylvania. In den frühen dreißiger Jahren erging die Entscheidung Young v. Young:

> Es handelte sich um ein Scheidungsverfahren ex parte in Mexiko (F 1). Die Ehefrau beantragte in Pennsylvania eine injunction (F 2). Das Gericht (F 2) verbot dem Ehemann, das mexikanische Verfahren fortzusetzen, sowie sich auf ein dort erstrittenes Scheidungsurteil (F 1) hin wieder zu verheiraten.

> Die erste Entscheidung eines Gerichtes in Pennsylvania nach der Entscheidung von Williams (I) war Meng v. Meng.

> Es handelte sich um ein Scheidungsverfahren ex parte in Nevada (F 1). Die Ehefrau beantragte in Pennsylvania eine injunction (F 2). Der Antrag (F 2) wurde dem Ehemann an seinem Wohnsitz in Pennsylvania allerdings nicht persönlich zugestellt. Die Ehe wurde in Nevada (F 1) geschieden. Der Ehemann beantragte daraufhin in Pennsylvania (F 2), die Zustellung des Antrags (F 2) für unwirksam zu erklären. Er habe zur Zeit der Zustellung (F 2) keinen Wohnsitz mehr in Pennsylvania gehabt. Zum Beweis berief er sich auf das Scheidungsurteil (F 1), das festgestellt habe, sein Wohnsitz befinde sich in Nevada. Das Gericht in Pennsylvania (F 2) erkannte zwar dem Scheidungsurteil

---

1) s. auch oben S.61 ff. den Fall der lettischen Scheidung.

Forts. v. S. 180 FN 4: eine Unterhaltsklage in N.Y. u. eine Scheidungsklage in Fla.angestrengt.Der Ehemann beantragte in N.Y.(F2) eine injunction gegen das Scheidungsverfahren in Fla.(F1).Das Gericht versagte die injunction mit der Begründung,der Erlaß setzte eine Gegenklage in N.Y.voraus.

(F 1) einen gewissen Beweiswert zu. Es fand aber, daß der Ehemann zur Zeit der Zustellung (F 2) seinen Wohnsitz in Pennsylvania gehabt habe. Es lehnte deshalb den Antrag des Ehemannes ab.

Auch in den meisten anderen Fällen im Staate Pennsylvania handelte es sich um die Frage, ob der Adressat der injunction Wohnsitz in Pennsylvania zur Zeit der Antragszustellung gehabt habe.[1] In Smith v. Smith erklärte das oberste Gericht von Pennsylvania ausdrücklich, ein Ehepartner habe das Recht, zu Zwecken der Scheidung einen echten Wohnsitzwechsel vorzunehmen.[2] In einem neueren Fall, Marshalek v. Marshalek, hob das oberste Gericht von Pennsylvania ein Urteil auf, in dem eine injunction erlassen worden war mit dem Inhalt, daß es dem Adressaten verboten sei, außerhalb einer bestimmten county des Staates Pennsylvania auf Scheidung zu klagen [3] und den Staat zu verlassen. Das oberste Gericht war der Ansicht, die Ehefrau könne ihre Interessen, die in einem Unterhaltsurteil zu ihren Gunsten festgestellt waren, durch Rechtsbehelfe at law schützen, sie bedürfe nicht des Schutzes der injunction, eines Rechtsbehelfes in equity.[4]

Spezielle Regeln stellte das oberste Gericht von New Jersey in Marquis v. Marquis für die injunction auf:

Es handelte sich um ein Scheidungsverfahren ex parte in Mexiko (F 1). Der Erlaß einer injunction wurde in New Jersey abgelehnt (F 2). Voraussetzung für den Erlaß sei, daß die Ehe (marital res) in New Jersey belegen sei. Dies sei nur der

---

1) Janney v. Janney. Auch in diesem Fall hatte der Adressat, dessen Wohnsitz umstritten war, vor der Endentscheidung in Pa. (F 2) eine Scheidung in Nev. (F 1) erlangt. **Messing v. Messing**.
2) **Wallace v. Wallace**.
3) In Pa. haben die einzelnen counties bezüglich der jurisdiction beinahe die gleiche Stellung wie Staaten.
4) Zu der Regel: 'Equity follows the law' s. Schwarz, Equity, S. 101 ff.

Fall, wenn beide Ehepartner Wohnsitz in New Jersey hätten.1) Dies war in diesem Verfahren nicht der Fall. Der Gerichtshof erklärte ausdrücklich, es genüge nicht für die jurisdiction zum Erlaß einer injunction, daß der Antrag auf Erlaß einer injunction (F 2) dem Adressaten persönlich zugestellt worden sei.

Einen komplizierten Sachverhalt enthielt O'Loughlin v. O'Loughlin:

Die Ehe der aus New Jersey stammenden Parteien war in Nevada geschieden worden (F 1). In dem Scheidungsurteil waren dem Ehemann Unterhaltspflichten auferlegt worden. Der Ehemann kam mit seinen Unterhaltsleistungen in Rückstand. Die Ehefrau erwirkte in Nevada in einem ex parte Verfahren einen Titel auf Zahlung dieser Rückstände (F 1a).

Die Ehefrau klagte in New Jersey (F 2) auf Anerkennung des Scheidungsurteils aus Nevada (F 1) und auf Erklärung der Vollstreckbarkeit des Unterhaltsurteils (F 1a). Der be-klagte Ehemann meldete sich auch in diesem Verfahren (F 2) nicht. Das Gericht in New Jersey (F 2) entsprach den Anträgen der Ehefrau.

Der Ehemann beantragte beim Gericht in Nevada, den Titel über die Unterhaltsrückstände (F 1a) aufzuheben (F 1b). Wegen Zustellungsmängeln der Klage (F 1a) hob das Gericht sein Urteil (F 1a) auf. Es erließ gleichzeitig eine injunction, die es der Ehefrau untersagte, auf das aufgehobene Urteil (F 1a,b) hin Vollstreckungsmaßnahmen außerhalb Nevadas einzuleiten.

Der Ehemann beantragte nun auch in New Jersey das Gericht möge das Vollstreckbarkeitsurteil (F 2), das aufgrund des inzwischen beseitigten Unterhaltstitels in Nevada (F 1a) ergangen war, ebenfalls aufheben (F 2a). Dieser Antrag wurde abgelehnt. Das Gericht in New Jersey hielt sich für befugt, selbst über die Wirksamkeit der Klagezustellung im Verfahren in Nevada (F 1a) zu entscheiden. Es wies auch den Antrag des Ehemanns zurück, das Verfahren in New Jersey auf die injunction des Gerichts in Nevada hin (F 1b) auszusetzen. Es erließ viel-

1) vgl. oben S. 175 f.

mehr seinerseits eine injunction, die es dem Ehemann verbot, außerhalb New Jersey's über seine Unterhaltspflicht zu prozessieren. Diese injunction erfaßte auch seinen Antrag in Nevada, den Unterhaltstitel aufzuheben (F 1b).

Über diese Entscheidung des Untergerichts (F 2) hatte das oberste Gericht in New Jersey zu befinden. Es war der Ansicht, das Gericht in Nevada sei forum non conveniens hinsichtlich der Unterhaltsstreitigkeiten. Da auch New Jersey jurisdiction habe, um über die Unterhaltspflicht des Ehemannes zu entscheiden, sei die injunction des Untergerichts (F 2) aufrecht zu erhalten. Hiervon seien allerdings die Anträge auszunehmen, die der Ehemann in Nevada gestellt habe, um den Nevada-Titel zu beseitigen. Insoweit wurde die injunction (F 2) aufgehoben.

Die erste Entscheidung in Illinois Kahn v. Kahn stützt sich hauptsächlich auf Präzedenzfälle aus dem Staat New York:

Es handelte sich um ein Scheidungsverfahren ex parte in Nevada (F 1). Die Ehefrau klagte zwischenzeitlich in Illinois auf Unterhalt für sich und ihre Kinder (F 2). In diesem Verfahren beantragte sie den Erlaß einer injunction. Das Gericht erließ eine einstweilige injunction. Diese Entscheidung wurde bestätigt mit dem Hinweis auf eine gefestigte Rechtsprechung. Das Berufungsgericht befaßte sich allerdings nicht ausdrücklich mit der Frage, ob ein Scheidungsurteil im Staat Nevada (F 1) in Illinois anerkannt würde. Doch spricht die Tatsache, daß sich Parteien und Gericht auf Entscheidungen des Staates New York[1]) beriefen und daß die Entscheidung nach Williams (I) erging, dafür, daß das Gericht eine Anerkennungspflicht stillschweigend voraussetzte.

---

1) Der Kläger zitierte z.B.: Jeffe v. Jeffe, Oltarsh v. Oltarsh.
Der Beklagte: De Raay v. De Raay; Goldstein v. Goldstein.
Das Gericht berief sich auf Selkowitz v. Selkowitz; Ashkenaz v. Ashkenaz; Jeffe v. Jeffe.
Es setzte sich mit Freundlich v. Freundlich und Goldstein v. Goldstein auseinander.

Es folgte Kleinschmidt v. Kleinschmidt:

Die Parteien hatten in Illinois ein Scheidungsverfahren durch Vergleich beendet. Die Ehefrau verzichtete darin auf Unterhalt gegen die Übereignung von Wertpapieren und anderen Vermögenswerten. Auch sollte die Ehewohnung in Mitbesitz der Parteien bleiben. Der Ehemann baute sich dann ein Haus in Florida und klagte dort auf Scheidung (F 1). Er behauptete in diesem Verfahren (F 1), er und seine Frau hätten Wohnsitz in Florida. Das Gericht in Florida (F 1) lehnte einen Antrag der Ehefrau ab, die Zustellung der Scheidungsklage (F 1) aus dem Grunde für unwirksam zu erklären, daß sie, die Ehefrau, keinen Wohnsitz in Florida habe.

Die Ehefrau beantragte daraufhin in Illinois den Erlaß einer injunction (F 2) mit der Begründung, sie und ihr Ehemann hätten Wohnsitz in Illinois.

Unterdes erließ das Gericht in Florida eine injunction (F 1a), die es der Ehefrau untersagte, in Illinois (F 2) weiter zu prozessieren. Im Gegenzug erließ das Gericht in Illinois (F 2) eine injunction, die es dem Ehemann untersagte, in Florida zu prozessieren. Das Berufungsgericht in Illinois hob die injunction des Untergerichts (F 2) auf. Der Ehemann habe zur Zeit des Scheidungsverfahrens in Florida (F 1) schon Wohnsitz in Florida erworben. Das Berufungsgericht sprach sich darüber hinaus gegen die Vergeltungsinjunction des Untergerichts (F 2) aus.

In Field v. Field spielten sich beide Verfahren (F 1 und 2) in Illinois ab:

Dort war eine injunction (F 2) gegen das Verfahren in einer anderen county (F 1) erlassen worden, das (F 1) die Anerkennung, teilweise Abänderung eines Scheidungsurteils und seiner Nebenfolgen (Besuchsrecht des Vaters) betraf. Die injunction (F 2) wurde erlassen. Leider war das Obergericht auf eine Beschwerde hin nicht in der Lage, zur Zulässigkeit der injunction Stellung zu nehmen, da die Beschwerdeführerin die Beschwerefrist versäumt hatte.

In Kalifornien wurde Newell v. Newell entschieden:

> Zwischen den Eheleuten waren zwei Scheidungsprozesse anhängig. In Kalifornien klagte der Ehemann gegen die Ehefrau (F 2), in Idaho die Ehefrau gegen den Ehemann (F 1).
>
> Die Ehefrau wollte in einem Gericht Kaliforniens Zeugen kommissarisch vernehmen lassen, deren Aussagen sie in dem Verfahren in Idaho (F 1) verwerten wollte. Der Ehemann beantragte eine injunction, die es der Ehefrau verbiete, die Zeugen vernehmen zu lassen und die Scheidung in Idaho (F 1) weiter zu betreiben. Der Erlaß der injunction wurde in der nächsten Instanz bestätigt. Inzwischen erging allerdings in Idaho ein Scheidungsurteil (F 1). Der oberste Gerichtshof von Kalifornien, inzwischen mit der Sache befaßt, erklärte daraufhin die Hauptsache für erledigt.

In Verdier v. Verdier beschäftigten sich die kalifornischen Gerichte mit einem französischen Prozeß:

> Die Eheleute hatten in Frankreich geheiratet, waren später nach Kalifornien gezogen und hatten sich dort getrennt. 1952 klagte der Ehemann in Paris auf Scheidung (F 1) wegen Ehebruch. Da dieses Verfahren nicht so recht voran gehen wollte, versuchte er, diese Klage zurückzunehmen, allerdings ohne Erfolg.
>
> Zusätzlich klagte er nun auch in Kalifornien auf Scheidung. Diese Klage war auf seelische Grausamkeit gestützt. Die Ehefrau erhob Gegenklage auf Unterhalt. Sie beantragte außerdem den Erlaß einer injunction (F 2) gegen das französische Verfahren (F 1). Das Gericht erließ die injunction.
>
> Der Ehemann versuchte nun, die kalifornische Scheidungsklage zurückzunehmen. Als das Gericht die Rücknahme nicht zuließ, verzichtete der Ehemann auf diese Klage. In dem daraufhin ergehenden Verzichtsurteil wurde die injunction (F 2) gegen das französische Verfahren (F 1) wiederholt.
>
> Der Ehemann bemühte sich um die Aufhebung dieser injunction. Er betrieb jedoch auch das Scheidungsverfahren in Frankreich (F 1) weiter. Aus diesem Grund wurde er wegen

contempt of court zu einer Geldstrafe von 500 Dollar verurteilt, wobei das Gericht von einer Gefängnisstrafe nur wegen des Alters und des Gesundheitszustandes des Ehemannes absah.

Diese Strafverfügung griff der Ehemann mit der Beschwerde an. Grundlage der Strafe war die injunction. Sie war erlassen zum Schutz des kalifornischen Verfahrens, nach dessen Abschluß zum Schutz des Verzichtsurteils. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der injunction untersuchte das Beschwerdegericht deshalb die Reichweite der Rechtshängigkeit des kalifornischen Verfahrens und der Rechtskraft des Verzichturteils. Es begrenzte den Streitgegenstand des kalifornischen Verfahrens und die Rechtskraft des Verzichturteils auf das Scheidungsbegehren wegen seelischer Grausamkeit. Demnach wurde das französische Scheidungsverfahren wegen Ehebruchs nicht von der Rechtskraft des kalifornischen Verzichturteils erfaßt. Die injunction war weder zum Schutz der Rechtshängigkeit noch der Rechtskraft gerechtfertigt. Die Strafverfügung und die injunction wurden deshalb aufgehoben.

3.2 Fälle von Schadensersatzprozessen wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung (personal injury cases)

3.2.1 Der Gerichtsstand der Geschäftstätigkeit

In vielen Schadensersatzprozessen sind auf der beklagten Seite als Schuldner große Gesellschaften verwickelt, die sich in einer Vielzahl von Bundesstaaten wirtschaftlich betätigen. Dem Kläger eröffnet sich so die Möglichkeit, aus einer großen Anzahl von Gerichtsständen den ihm günstigsten und der Gesellschaft ungünstigsten herauszusuchen. Diese Wahlmöglichkeit wurde der Anlaß einer weiteren Gruppe von injunctions.

Zum Verständnis dieser Anhäufung von Gerichtsständen ist es notwendig, kurz die Entwicklung nachzuzeichnen,

in der die Rechtsfigur der actio transitoria (transitory cause of action) mit der jurisdiction über juristische Personen verbunden wurde.

Die Rechtsfigur der actio transitoria beruht auf dem Gedanken, daß eine Obligation dem Schuldner nachfolgt, wo auch immer er sich hinbegeben mag. Die Obligation gibt deshalb dem Gläubiger eine Klage überall dort, wo er des Schuldners habhaft wird.[1] Materiellrechtlich führt diese Auffassung dazu, die Forderung als fortbestehend zu behandeln, auch wenn der Schuldner in einen anderen Staat überwechselt, obwohl möglicherweise der Sachverhalt dort keine Anspruchsgrundlage abgegeben hätte. Dem entspricht, daß man die einmal erworbene Forderung des Gläubigers als wohlerworbenes Recht (vested right) ansieht. Prozessual führt die Auffassung dazu, daß der Gläubiger die Gerichte des Staates zur Befriedigung der Forderung in Anspruch nehmen kann, in dem sich der Schuldner aufhält. Wenn es dem Gläubiger gelingt, dem Schuldner persönlich die Klage zustellen zu lassen, dann erwirbt er dort einen Gerichtsstand und das Gericht jurisdiction (transient jurisdiction).[2]

Diese Grundsätze werden nun entsprechend auf juristische Personen angewandt. Anfänglich hielt man die juristische Person nur im Staate ihres Sitzes für anwesend. Der Sitz war in dem Staat, unter dessen Gesetzen die juristische Person inkorporiert war. Die Folge war, daß nur der Staat der Inkorporation jurisdiction über die juristische Person besaß. Ihre Gläubiger mußten sie also dort verklagen. Diese Regelung erwies sich auf die Dauer als unerträglich.

---

1) "... (an) act complained of ... subject to no law having force in the forum ... gave rise to an obligation, an obligatio, which, like other obligations, follows the person, and may be enforced where ever the person may be found."
Justice Homes in Slater v. Mexican National R.Co.

2) s. oben S. 175 ff.

Vor allem bei großen Gesellschaften, die sich auf nationaler Ebene geschäftlich betätigten, führte dies zu einer Rechtsverweigerung für die kleinen Gläubiger, die ihre Forderung gegen eine Gesellschaft geltend machen wollten. Denn ihnen fehlten die Mittel, um gegen die Gesellschaft, die möglicherweise in einem Staat am anderen Ende des Kontinents inkorporiert war, gerichtlich vorzugehen. Man schaffte dadurch Abhilfe, daß die Staaten jurisdiction über die Gesellschaften, die nicht in ihrem Staat inkorporiert sind, dann annehmen, wenn diese sich in dem Staat geschäftlich betätigen.[1] Technisch wird die jurisdiction dadurch erzwungen, daß eine Gesellschaft, die in einem anderen Staat inkorporiert ist, die Erlaubnis, sich in diesem Staat geschäftlich zu betätigen, nur erhält, wenn sie einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt. Unterläßt eine Gesellschaft die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten und wird sie gleichwohl tätig, dann übernimmt der oberste Verwaltungsbeamte des Staates (secretary of state) diese Funktion.[2] Diese Regeln haben sich durchgesetzt. Über den Anknüpfungspunkt der geschäftlichen Tätigkeit wird also erreicht, daß die Gesellschaft überall dort verklagt werden kann, wo sie geschäftlich tätig ist.

Die actio transitoria führte nun aber dazu, daß der Gerichtsstand der geschäftlichen Tätigkeit nicht auf die Rechtsbeziehungen beschränkt wurde, die aus der geschäftlichen Tätigkeit in diesem Staat erwuchsen. Die Gesellschaft darf in einem der Gerichtsstände aus allen Obligationen verklagt werden, wo diese auch immer entstanden sein mögen.

---

1) vgl. International Shoe Co. v. State of Washington
2) s. hierzu § 99 Abs. I, S.1; § 103 Abs.I, sub e; § 106; § 108 des Model Business Corporation Act.

Ursprünglich zum Schutz finanziell schwacher Kläger gedacht, wurden die vielen Gerichtsstände, in denen eine Gesellschaft verklagt werden kann, zu einem Mittel in der Hand des Klägers, den für die beklagte Gesellschaft ungünstigsten Gerichtsstand auszusuchen.

Zur Illustration seien hier die Fälle herangezogen, in denen ein Arbeiter oder Angestellter einer Eisenbahngesellschaft mit zwischenstaatlicher Geschäftstätigkeit in einem Betriebsunfall, möglicherweise tödlich, verletzt wurde. Diese Fälle sind durch Bundesrecht, in dem Gesetz über die Haftung der auf Bundesebene tätigen Arbeitgeber[1], geregelt. Dieses Gesetz gewährt dem verletzten Arbeitnehmer, wenn der Unfall tödlich endete, seinen Hinterbliebenen, einen Ersatzanspruch. § 6 dieses Gesetzes[2] bestimmt, daß derlei Ansprüche im Gerichtsstand des Unfallortes sowie im Gerichtsstand der geschäftlichen Tätigkeit der beklagten Gesellschaft geltend gemacht werden können. Der Kläger hat darüber hinaus die Wahl zwischen Bundes- und Staatsgerichten.

In Fällen dieser Art wird die Entscheidung typischerweise unter Mitwirkung von Geschworenen gefällt. Der Kläger hat hierauf ein Anrecht,[3] und auf dieses Recht wird selten verzichtet. Um überhaupt eine Chance zu haben, sich von dem Vorwurf der Fahrlässigkeit zu befreien - die Haftung ist nicht als Gefährdungshaftung ausgestaltet -, muß die beklagte Gesellschaft die Zeugen vor den Geschworenen aussagen lassen. Eine kommissarische Vernehmung würde dem Zweck, die Geschworenen unmittelbar zu beeinflussen, nicht gerecht.

---

1) Federal Employers' Liability Act (FELA) v. 22. April 1908.
2) 45 USCA § 56. Der einschlägige Abs.II der Vorschrift stammt v. 5. April 1910 .
3) s. oben S.162.

Die Zeugen sind meist Arbeitskollegen oder Aufsichtspersonal des Unfallopfers. Sie werden dringend für den Geschäftsbetrieb benötigt. Es liegt nun meistens so, daß der genaue Termin, in dem ein Fall verhandelt wird, den Parteien kurzfristig bekannt wird. Es kann sein, daß sich die Beteiligten, darunter auch die Zeugen, eine Woche und länger zur Verhandlung bereithalten müssen. Wenn nun der Kläger einen Gerichtsstand weitab vom Unfallort wählt, wozu er nach § 6 des FELA berechtigt ist, dann steigen die Kosten der Beklagten, deren größten Teil sie unabhängig vom Ausgang des Verfahrens selbst tragen muß, ganz beträchtlich. Die beklagte Gesellschaft wird unter diesen Umständen bereit sein, mit dem Kläger einen Vergleich zu schließen über eine Summe, die über dem tatsächlich erlittenen Schaden liegt, wenn nur die Differenz zwischen tatsächlichem und behauptetem Schaden niedriger ist als die Kosten des Verfahrens.

Geschworene in Großstädten haben darüber hinaus den Ruf, in der Bemessung des Schadensersatzes großzügiger zu sein als Geschworene ländlicher oder kleinstädtischer Gerichte. Hat der Unfall in einem ländlichen Gebiet stattgefunden, dann ist der Kläger oft bestrebt, den Prozeß in einem großstädtischen Gericht anhängig zu machen. Welch erstaunliches Ergebnis das haben kann, beweist der Fall Allen v. Chicago Great Western R.Co.:

> Der Kläger war in Iowa wohnhaft. Dort arbeitete er für die beklagte Eisenbahngesellschaft. Er erlitt einen Arbeitsunfall. Hierauf verklagte er die Gesellschaft in Iowa auf 2900,- Dollar Schadensersatz. Die Gesellschaft bot einen Vergleich über 250,- Dollar an. Die Anwälte in Iowa rieten dem Kläger, das Angebot anzunehmen. Der Kläger ging auf den Vergleich nicht ein, sondern klagte aus demselben Unfall in Chicago auf 40.000,- Dollar Schadensersatz. Der Spruch der Geschworenen in Chicago

lautete auf 25.000,- Dollar.[1)]

Hervorgerufen und unterstützt wurden[2)] diese Gerichtsstandmanöver z.T.[3)] durch eine Gruppe von Rechtsanwälten, die sich als Spezialisten auf dem Gebiet der Schadensersatzklagen betätigten. Sie waren bestrebt, möglichst viele dieser Prozesse an sich zu ziehen. Das Honorar eines Anwalts beträgt bei günstigem Ausgang eines solchen Schadensersatzprozesse in der Regel 30 - 40 % der erstrittenen Summe.[4)]

---

1) Der Kläger konnte sich allerdings der ihm von der jury zugesprochenen Summe nicht erfreuen. Die Gesellschaft hatte in Iowa eine injunction erwirkt und aufgrund dieser Aussetzung des Verfahrens in Chicago beantragt. Das Berufungsgericht in Chicago gab dem Antrag statt.

2) Auswüchse wurden von den Standesorganisationen mit Erfolg bekämpft.

3) Neben den Anwälten spielten die Gewerkschaften eine große Rolle.

4) Das "Claims Research Bureau" der Vereinigung amerikanischer Eisenbahngesellschaften, das die Rechtsanwälte der Eisenbahngesellschaften in Prozessen dieser Art unterstützt, gibt folgende Statistik über die Konzentration der FELA-Prozesse in Chicago in den Jahren 1956 - 1957:

1956: Von Ansprüchen, die in Ind., Mich., Ohio, Pa., W.Va. entstanden, wurden 219 in Gerichten von Ill. (d.h. Chicago, Anm.v.mir) durch Klage anhängig gemacht. Rund 74 % aller in Ind. entstandenen Ansprüche wurden Rechtsanwälten in Ill. übergeben (Mich.- 34 %, Ohio - 23 %, Pa.-14 %, W.Va.-43 %.
Ansprüche aus 20 verschiedenen Staaten wurden Rechtsanwälten in Ill. zur Erledigung übergeben.
1957: Von Klagen, die durch Anwälte in den USA am 31. März 1957 anhängig gemacht waren, hatte ein Rechtsanwaltsbüro in Chicago 431 auf sich vereinigt. 793 der anhängigen Prozesse wurden durch 10 Chicagoer Büros oder Einzelanwälte geltend gemacht.
1956: 323 Fälle, in denen der Kläger eine jury verlangt hatte, waren im dem Circuit Court der Cook County, Ill. (= Chicago) durch Eisenbahnangestellte, Passagiere, Autofahrer u.a. anhängig gemacht worden, wo der behauptete Unfall außerhalb der Cook County stattgefunden hatte. (hier selbstverständlich auch Nicht-FELA-Fälle eingeschlossen, Anm.v.mir)
aus: Court Congestion, Nr. 10.
Unglücklicherweise gibt diese Übersicht einige Vergleichszahlen nicht, so daß das Bild unvollständig bleibt. Außerdem erhebt sich ein Verdacht bezüglich der Belastung der Eisenbahnges. durch diese Fälle.
- Zum Problem der Überlastung der Gerichte s. allge. Zeisel, Kalven, Buchholz, Delay in Courts, S. 6.

Die Gesellschaften wehrten sich gegen diese Praktiken der Kläger. Ein Rechtsbehelf zur Korrektur des § 6 FELA war die Klage oder der Antrag auf Erlaß einer injunction gegen das Verfahren in einem für den Schadensersatzprozeß ungeeigneten Forum (forum non conveniens).

3.2.2 FELA-Fälle

Ex parte Crandall:

> In Indiana kam es zu einem tödlichen Arbeitsunfall. Die Witwe als Erbin klagte in Missouri (F 1) gegen die Eisenbahngesellschaft als Arbeitgeber. Die beklagte Gesellschaft erwirkte beim Nachlaßgericht in Indiana (F 2) den Erlaß einer injunction. Die Witwe nahm daraufhin ihre Klage in Missouri (F 1) zurück, übertrug aber gleichzeitig die Nachlaßverwaltung, die bisher von ihr wahrgenommen worden war, einem Rechtsanwalt in Missouri. Dieser verklagte nun die Gesellschaft aus demselben Grund wie in dem vorangegangenen Verfahren (F 1).
>
> Die Gesellschaft beantragte in Indiana (F 2) die Bestrafung der Witwe wegen contempt of court. Sie wurde zu 500,- Dollar Geldstrafe und drei Monaten Gefängnis verurteilt.
>
> Die Witwe beantragte im Bundesgericht Nachprüfung des Freiheitsentzuges im habeas corpus-Verfahren. Das Distriktsgericht und das Berufungsgericht waren der Ansicht, zwar habe die Witwe die Möglichkeit gehabt, gem. § 6 FELA in Missouri zu prozessieren, doch beschneide diese Vorschrift nicht die Befugnis des Gerichtes von Indiana (F 2), die durch § 6 begründete Gerichtsstandswahl durch eine injunction wieder einzuschränken. Injunction und Verurteilung wegen contempt wurden daher als rechtmäßig angesehen.

State ex rel. Railroad Co. v. Nortoni enthält einen ähnlichen Sachverhalt:

> Es handelt sich wiederum um einen tödlichen Unfall in Indiana. Die Witwe klagte gegen die Gesellschaft ebenfalls in Missouri (F 1). Die Gesellschaft ihrerseits erwirkte in Indiana den Erlaß einer injunction (F 2).

Die Witwe erstritt in Missouri ein ihr günstiges Urteil (F 1). Die Gesellschaft beantragte daraufhin in Indiana (F 2) die Bestrafung der Witwe wegen contempt. Die Witwe beantragte im Gegenzug in Missouri den Erlaß einer injunction (F 1), die es der Gesellschaft verbieten sollte, das contempt-Verfahren in Indiana (F 2) weiter zu betreiben. Das Gericht in Missouri (F 1) erließ diese Vergeltungsinjunction. Das oberste Gericht in Missouri hob allerdings diese Entscheidung auf mit der Begründung, die Gerichte in Indiana (F 2) hätten das Recht, gegen ihre Einwohner eine injunction zu erlassen.

Komplizierter war die Rechtslage in Bryant v. Atlantic Coast Line R.Co.:

Ein Gericht in Virginia hatte gegen den verletzten Eisenbahnangestellten eine injunction erlassen (F 2), die ihm verbot, in einem Bundesgericht mit Sitz im Staat New York seinen FELA-Schadensersatzanspruch geltend zu machen (F 1).

Der Verletzte beantragte, wie die Witwe in dem Nortoni-Fall, im Bundesgericht den Erlaß einer counterinjunction (F 1). Das Bundesgericht in 1. Instanz lehnte den Erlaß ab. Diese Entscheidung wurde vom Berufungsgericht bestätigt. Der Richter Learned Hand führte aus, daß das Staatsgericht von Virginia (F 2) unter dem FELA berechtigt sei, unbillige Prozesse (inequitable proceedings) selbst in einem Bundesgericht (F 1) zu verbieten.

In Baltimore & O.R.Co. v. Bole wurde in einem Bundesgericht eine injunction (F 2) gegen ein Verfahren in einem anderen Bundesgericht (F 1) erlassen.[1)]

In Boston & M.R.R. v. Whitehead hatte die Witwe die Klage im Nachbarstaat New York erhoben (F 1), etwa 91 Meilen von ihrem Wohnsitz in Massachusetts ent-

1) Im Verhältnis von Distrikten der Bundesberufungsgerichte liegt es ähnlich wie oben ausgeführt wurde. Sie stehen in einer gewissen Unabhängigkeit voneinander. Das oberste Bundesgericht, dazu berufen, die Einheit der Rechtsprechung der Bundesgerichte zu wahren, kann sich nur der wichtigsten Fälle annehmen. Eine große Anzahl verschiedener Auslegungen des Bundesrechts bleibt deshalb unrevidiert, wenn sie in den Augen des obersten Bundesgerichts keine große Bedeutung haben.

fernt. Das Gericht in Massachusetts (F 2) lehnte den Erlaß einer injunction ab, da kein Fall eines forum non conveniens vorliege.

Schließlich beschäftigte sich das oberste Bundesgericht mit der Einschränkung des § 6 FELA durch den Erlaß von injunctions. In diesen Fällen trat besonders Bundesrichter Frankfurter zur Verteidigung von F 2 auf. Der erste Fall, Baltimore & O.R.Co. v. Kepner, behandelte die Frage im Verhältnis von Staats- (F 2) zu Bundesgerichten (F 1):

> Die Schadensersatzklage war in einem Bundesgericht mit Sitz im Staat New York (F 1) anhängig. Die Gesellschaft hatte in Ohio den Erlaß einer injunction (F 2) erwirkt.
>
> Die Mehrheit des obersten Bundesgerichts entschied, der Verletzte oder seine Hinterbliebenen hätten unter § 6 FELA das uneingeschränkte Recht, den ihnen genehmen Gerichtsstand zu wählen. Die Beschränkung eines FELA-Verfahrens vor einem Bundesgericht (F 1) durch den Erlaß einer staatsgerichtlichen injunction (F 2) sei unzulässig.
>
> Bundesrichter Frankfurter war anderer Meinung. § 6 FELA schränke die Gewalt der Staatsgerichte in equity nicht ein.

Frankfurter konnte allerdings die Mehrheit des obersten Bundesgerichts in Southern R.Co. v. Painter hinter sich bringen:

> Die Witwe hatte eine FELA-Klage gegen die Gesellschaft in dem Bundesgericht mit Sitz in Missouri(F 1) anhängig gemacht. Die Gesellschaft hatte in dem Heimatstaat der Witwe, Tennessee, wo auch der Unfall stattgefunden hatte, in einem Staatsgericht den Erlaß einer injunction (F 2) gegen das Verfahren in F 1 erwirkt.
>
> Die Witwe beantragte in Missouri(F 1) den Erlaß einer counterinjunction. Das Bundesgericht erließ die beantragte injunction. Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung. Das oberste Bundesgericht sprach dem Bundesgericht die Befugnis ab, eine counterinjunction zu erlassen. Die Entscheidung stützte sich auf

Art. 265 des Judicial Code, der unten[1] besprochen wird.

In Miles v. Illinois Central R.R.Co. wurde die noch offene Problematik des Verhältnisses von Staatsgerichten unter § 6 FELA geklärt:

> Der Schadensersatzprozeß war in Montana in einem Staatsgericht (F 1) anhängig. Die Gesellschaft klagte in dem Heimatstaat der Witwe, Tennessee, in einem Staatsgericht (F 2) auf Erlaß einer injunction. Das Gericht in Tennessee erließ die beantragte injunction.
>
> Die Mehrheit des obersten Bundesgerichts übertrug die Gründe, die zur Entscheidung des Kepner-Falles[2] geführt hatten, auf diesen Fall. Auch die Schadensersatzprozesse vor Staatsgerichten (F 1) wurden in das Verbot einer injunction nach § 6 FELA einbezogen.
>
> Frankfurter lehnte diese Entscheidung konsequenterweise ebenfalls ab.

Diese zwei Entscheidungen, des Kepner- und des Miles-Falles, besiegelten das Schicksal der injunction in FELA-Fällen. Die Eisenbahngesellschaften, dieser Abwehrwaffe gegen Schikane-Gerichtsstände beraubt, stellten sich auf die Einrede des forum non conveniens in dem Gericht, dessen Verfahren sie verhindern wollten (F 1), um. Erneut tauchte die Frage auf, ob § 6 FELA eingeschränkt werden könne. In Leet v. Union Pac. R.R.Co., einer kalifornischen Entscheidung, leiteten die Richter aus der in den Kepner- und Miles-Fällen niedergelegten Regel ab, daß unter § 6 FELA auch die Einrede des forum non conveniens in F 1 unzulässig sei.

Das oberste Bundesgericht, Frankfurter als Sprecher der Mehrheit, entschied in Missouri ex.rel. Southern Railway Co. v. Mayfield entgegengesetzt. Das Gericht, in dem die FELA-Klage anhängig gemacht worden sei,

---

1) S. 197 ff.
2) s. oben S. 195 .

könne, ohne gegen § 6 FELA zu verstoßen, die Klage auf die Einrede des forum non conveniens hin, abweisen. Voraussetzung sei, daß die lex fori diese Einrede kenne.

In Price v. Atchinson T. & S.F.R.Co. entsprach das oberste Gericht Kaliforniens dieser Entscheidung des obersten Bundesgerichts. Anzumerken ist, daß das kalifornische Gericht gleichzeitig in das Recht Kaliforniens die Einrede des forum non conveniens einführte.

Die Wahl eines schikanösen Gerichtsstandes ist selbstverständlich nicht auf FELA-Fälle beschränkt. Interessengegensätze sind in allen Fällen von Schadensersatzklagen wegen Körperverletzung oder Unfalltodes zu finden. In den Fällen, die sich nicht auf den FELA stützen, hat jedoch das oberste Bundesgericht nicht eingegriffen, da kein Bundesrecht wie § 6 FELA auszulegen war. Deshalb ist in diesen Fällen keine einheitliche Linie festzustellen. Die Rechte der Einzelstaaten und unterschiedliche Interessenwertungen werden berücksichtigt. Weder überwiegt die Ablehnung noch die Zulassung der injunction.

3.3 Das Verhältnis von Bundes- zu Staatsgerichten

Diese Gruppe von Fällen unterscheidet sich von den bisher behandelten dadurch, daß ihnen nicht ein typischer Sachverhalt zugrunde liegt. Die Problematik entspringt vielmehr dem Verhältnis von Bundes- und Staatsgerichtsbarkeit.

Die Befugnis eines Bundesgerichts, einer Partei durch den Erlaß einer injunction das Prozessieren in einem Staatsgericht zu verbieten, ist durch Bundesrecht eingeschränkt. Die Einschränkung war früher in Art.265 Judicial Code enthalten.[1] Sie findet sich heute in

---

1) seinerzeit 28 USC § 379.

28 USC § 2283. Ein Bundesgericht (F 2) kann eine injunction gegen ein Verfahren in einem Staatsgericht (F 1) nur erlassen, wenn ein Bundesgesetz dies ausdrücklich vorsieht oder wenn es gilt, die dem Bundesgericht zukommende jurisdiction oder vom Bundesgericht erlassene Urteile zu schützen und durchzusetzen.[1)]

Das oberste Bundesgericht widmete einige Entscheidungen der Auslegung dieser Vorschrift. Es versuchte, eine klare Linie zwischen der jurisdiction der Bundes- und Staatsgerichte zu ziehen.

In Julian v. Central Trust Co. und Riverdale Mills v. Manufacturing Co. war Sicherungsgut jeweils in einem Verfahren vor dem Bundesgericht (F 2) beschlagnahmt worden. Im einen Fall versuchte ein Gläubiger des Sicherungsgebers über das Staatsgericht (F 1) in das beschlagnahmte Sicherungsgut zu vollstrecken. Im anderen Fall versuchte der Sicherungsgeber das Sicherungsgut durch eine Herausgabeklage vor dem Staatsgericht (F 1) freizubekommen. In beiden Fällen erließen die Bundesgerichte eine injunction (F 2) gegen diese Verfahren vor den Staatsgerichten. Das oberste Bundesgericht bestätigte in seiner Entscheidung, daß die Bundesgerichte jurisdiction durch Beschlagnahme des Sicherungsgutes erworben hätten. Die injunction diente in beiden Fällen der Sicherung dieser jurisdiction.

In Wells Fargo & Co. v. Taylor hatte ein Bundesgericht (F 2) eine injunction gegen ein in einem Staatsgericht erstrittenes Urteil (F 1) erlassen. Nach Art. 265 Judicial Code war eine injunction in diesem Fall nicht zulässig. Das oberste Bundesgericht wandte jedoch die Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut nicht an. Es erklärte sie vielmehr zu einer Regel der comitas[2)] zwischen dem Bund und den

---

1) Das Verbot des Erlasses einer injunction bezieht sich nur auf Verfahren, die schon im Staatsgericht anhängig sind. Die Abwehr drohender staatsgericht-
(Forts. S. 199)

Staaten, die in Ausnahmefällen außer acht gelassen werden dürfe. Es bestätigte die injunction. Sie sei aus Gründen der equity gerechtfertigt gewesen.

Kline v. Burke Construction Co.:

Hier handelte es sich um zwei Prozesse wegen eines Vertragsbruchs zwischen denselben Parteien. Der eine Prozess war in einem Staatsgericht (F 1), der andere in einem Bundesgericht (F 2) anhängig. Die beklagte Gesellschaft versuchte den Kläger durch eine injunction (F 2) daran zu hindern, im Staatsgericht (F 1) wegen dieses Vertragsbruchs weiter zu prozessieren.

In diesem Verfahren zog das oberste Bundesgericht eine scharfe Linie zwischen Verfahren "in rem" und Verfahren "in personam". [1] Klagen in rem sind, mit Einschränkungen, deutschen Klagen, gestützt auf dingliche Rechte oder Ansprüche, sowie Gestaltungsklagen vergleichbar. Klagen in personam entsprechen Klagen aus schuldrechtlichen Ansprüchen. Bei Klagen in rem erwirbt das Gericht eine ausschließliche jurisdiction über die res, das durch Beschlagnahme die res, um die oder um deren Recht sich der Streit dreht, in seine Gewalt bekommt. Bei Klagen in personam wird nur eine konkurrierende jurisdiction des Gerichts begründet.

Aus dieser Unterscheidung leitete das oberste Bundesgericht ab, daß Art. 265 Judicial Code einem Bundesgericht gestatte, eine injunction zum Schutz eines bei ihm rechts-

---

Forts. v. S. 198 FN 1:
licher Verfahren durch eine bundesgerichtliche injunction wird durch § 2283 nicht ausgeschlossen. **Dombrowski v. Pfister, S. 484 FN 2.**

2) Höflichkeits- oder Zweckmäßigkeitsregel im Gegensatz zu einer Regel des strikten Rechts. Die Qualifikation des § 2283 als "comity"-Regel wird neuerdings in Machelsky v. Bizzell wiederaufgenommen. Zu dieser Entscheidung s. Note, Md.L.Rev. Bd.30, S.147 ff. Von comity ist insbesondere die Rede, wenn das Verhältnis zu ausländischen Staaten in Frage steht. In Canadian Filters Ltd. v. Lear-Siegler, Inc. befürwortet das Gericht, den Kern von § 2283 über den comitas-Gedanken auf Prozesse vor ausländischen Gerichten zu erstrecken.

1) Das Gegensatzpaar "in rem - in personam" wird in verschiedenem Zusammenhang unterschiedlich verwandt: so z.B. in der Formel 'Equity acts in personam', anders als in dem oben behandelten Fall, Vgl. Cook, Col.L.Rev. Bd.15, S.39.

(Forts. S. 200)

hängigen Verfahrens in rem zu erlassen. Art. 265 schließe andererseits eine injunction aufgrund der Rechtshängigkeit eines Verfahrens in personam aus. Im Gegensatz zu den beiden Fällen Julian u. Riverdale, wo die Bundesgerichte ausschließliche jurisdiction in rem erlangt hatten, war in diesem Fall, in dem es sich um Ansprüche aus einem Vertrag handelte, der Erlaß einer injunction unzulässig. 1)2)

Toucey v. New York Life Insurance Co.:

In diesem Fall waren zwei Sachen vor dem obersten Bundesgericht verbunden worden. Es handelte sich um zwei Verfahren in personam vor Staatsgerichten (F 1), über deren Streitgegenstand schon Urteile in Bundesgerichten ergangen waren. Die Bundesgerichte erließen jeweils eine injunction (F 2) zum Schutz ihrer Urteile.

Das oberste Bundesgericht, Frankfurter für die Mehrheit schreibend, beschränkte die Zulässigkeit einer injunction aufgrund von res judicata, entsprechend der Regelung bei lis pendens, auf Urteile in rem. Nach dieser Auslegung schloß Art.265 Judicial Code auch den Erlaß einer injunction zum Schutz von Urteilen in personam eines Bundesgerichts aus.

Auf die Entscheidung des Toucey-Falles hin wurde Art. 265 Judicial Code in 28 USC § 2283 neu gefaßt. Res judicata ist jetzt uneingeschränkt als Grund für den Erlaß einer injunction aufgeführt, unabhängig von der Unterscheidung in rem - in personam.3)4)

---

1) s. auch Hayes Industries, Inc. v. Caribbean Sales Associates, Inc.

2) ein Fall, in dem das Staatsgericht zuerst ausschließliche jurisdiction erlangte, ist Princess Lida v. Thompson.

3) hierzu: Jacksonville Blow Pipe Co. v. Reconstruction Finance Corp.; Jackson v. Carter Oil Co.

4) In Amalgamated Clothing Workers of America v. Richman Brothers verneinte Frankfurter für die Mehrheit des ob.Bundesgerichts die Zulässigkeit einer injunction mit der Begründung, das Bundesgericht habe nicht die unter § 2283 notwendige jurisdiction erworben.

Forts. v. S. 199 FN 1:
Über den Zusammenhang von "res" und "Status" und die Bedeutung der Klagen in rem als Gestaltungsklagen s. Rheinstein, Conn.B.J. Bd.23, S.283

In Leiter Minerals Inc. v. United States fügte das oberste Bundesgericht allerdings selbst eine ungeschriebene Ausnahme zu den in § 2283 niedergelegten, die den Erlaß einer injunction erlauben, hinzu:

> Die US waren Kläger in einem Verfahren vor einem Bundesgericht, das die Feststellung von Mineralrechten auf einem dem Bund gehörenden Grundstück betraf. Sie beantragten den Erlaß einer injunction vor dem Bundesgericht (F 2), die es der beklagten Gesellschaft verbieten sollte, ein Verfahren vor einem Staatsgericht über dieselben Rechte zu betreiben (F 1). Möglicherweise hätte das oberste Bundesgericht den Begriff "res" soweit strecken können, daß er die streitigen Mineralrechte mit umfaßt hätte.
>
> Das oberste Bundesgericht erklärte statt dessen, das Verbot des § 2283, eine injunction gegen Verfahren vor Staatsgerichten zu erlassen, bestehe nur in den Fällen, in denen Privatpersonen den Erlaß beantragten. Handle es sich jedoch um Prozesse, in denen die Bundesregierung als Partei den Antrag stelle, dann seien die Bundesinteressen höher zu werten als die der Staaten, die zu der Bestimmung des § 2283 geführt hätten. Eine injunction sei deshalb zulässig.

4. Die Aufgaben der antisuitinjunction

4.1 Abwehr der Gesetzesumgehung

Die injunction ist eines der wirksamsten Mittel, eine Gesetzesumgehung zu bekämpfen. Voraussetzung für das Streben, ein Gesetz zu umgehen, ist, daß Unterschiede im materiellen Recht bestehen, die es lohnend erscheinen lassen, daß der Sachverhalt einem anderen als dem normalerweise anwendbaren Recht unterstellt werde. Die Unterschiede des materiellen Scheidungsrechts wurden schon besprochen. - Auf diese Darstellung[1)] kann verwiesen werden. In Frage kommen

---

1) s. oben S. 162 f.

aber auch andere erhebliche Unterschiede des materiellen Rechts. Eine Ehestörungsklage mag in einem Staat zum Erfolg führen, während sie vom Recht eines anderen mißbilligt wird.[1] Auch Unterschiede im Versicherungsrecht bieten Anreiz zur Umgehung.[2] Eine nicht unbeträchtliche andere Gruppe der Gesetzesumgehung sind die Fälle, in denen ein Gläubiger eine andere jurisdiction aufsucht, um den einem Schuldner günstigen Vollstreckungsschutz zu umgehen.[3] Vor der Regelung des Konkursrechts durch den Bund suchten Gläubiger die Ausfallquote durch Umgehung des anwendbaren Konkursrechts herabzusetzen. Aufgrund eines solchen Sachverhaltes wurde die injunction durch das oberste Bundesgericht in Cole v. Cunningham sanktioniert.[4] Darüber hinaus suchten sich Parteien auch Unterschiede in den Prozeßordnungen zunutze zu machen.[5]

Keine Gesetzesumgehung im eigentlichen Sinn ist in den FELA-Fällen gegeben. Hier versuchen sich die Parteien soziologische Unterschiede, die über das

---

1) in Morad v. Williams handelte es sich um eine Schadensersatzklage wegen Entzugs der Zuneigung des Ehegatten ("alienation of affection") - also eine Ehestörungsklage - in Fla. In N.Y. sind derartige Ansprüche nicht bekannt.
2) Royal League v. Kavanagh.
3) Greer v. Cook; Cameron & Co. v. Abbot .
4) s. oben S. 159 f.
5) Unterschiede in der Wirkung des Mitverschuldens (str., ob materiell- oder prozeßrechtlich): Weaver v. Alabama's Great Southern R.Co.; Natalbany Lumber Co. v. Gray.
Unterschiede in der Anzahl der Geschworenen oder in den erforderlichen Mehrheitsquoten: Illinois Life Ins. Co. v. Prentiss; Williams v. Payne
Unterschiedliche Verjährung: Wells Lumber Co. v. Menominee River Boom Co.; Oates v. Morningside College.
Unterschiede im vorbereitenden oder im Beweisverfahren: New York, C. & St.L.R.Co. v. Matzinger; Standard Oil Co. of La. v. Reddick; Orphanos v. Markin .
Andere Fälle: Delaware, L. & W.R.Co. v. Ashelman; Cotnareanu v. Woods; Labak v. Grazner, Sharp v. Learned .

Geschworenensystem den gerichtlichen Erkenntnisprozeß beeinflussen, zunutze zu machen.

Die materiellrechtlichen Unterschiede kommen einer Partei nur zugute, wenn sie ihren Fall vor ein Gericht der ihr günstigen jurisdiction bringen kann. Das angerufene Gericht muß bereit und nach dem Bundesverfassungsrecht in der Lage sein, den Fall zu entscheiden. Welche Möglichkeiten einer Partei offenstehen, war aus der Auslegung der Begriffe "Wohnsitz" und "geschäftliche Tätigkeit" zu ersehen.

Unabhängig von der Anwendung materiellen Rechts führt die Wahl zwischen verschiedenen Gerichtsständen zu Mißbräuchen, indem einer Partei ein forum non conveniens aufgedrängt wird.

Die Gesetzesumgehung mißglückte, wenn das angerufene Gericht so anknüpfte, daß es das umgangene Recht anzuwenden hätte. Materielles Recht und Gerichtsstand müssen deshalb gekoppelt sein. Im Scheidungsrecht wurde gezeigt, daß sowohl der Gerichtsstand wie auch das materielle Recht von dem Wohnsitz abhängen, der in beiden Fällen mit demselben Inhalt verstanden wird. Das angerufene Gericht, das seine jurisdiction bejaht, wendet die lex fori an.

Ein anderes bemerkenswertes Beispiel für diese Verknüpfung ist im Recht der Einzelstaaten über die Betriebsunfälle (workmen's compensation)[1] zu finden. Bevor es zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur gerichtlichen Auseinandersetzung über die Ersatz-

1) Das Recht der workmen's compensation entspricht seiner Funktion nach dem FELA.

leistung für den Arbeitnehmer aus einem Betriebsunfall kommt, schaltet sich eine Kommission ein, die in einem Verwaltungsvorverfahren entscheidet. Diese Kommission ist meistens, abgesehen vom Vorsitzenden, mit Laien besetzt. Diesen Laien kann die Ermittlung und Anwendung eines anderen als des eigenen Rechts nicht zugemutet werden. Deshalb wenden die Kommission und die Gerichte, da das Vorverfahren Prozeßvoraussetzung ist, nur die lex fori an, falls sie ihre jurisdiction bejahen.[1)]

Einer injunction bedarf es nur dann, wenn der Staat, dessen Recht oder Gerichtsstand umgangen wurde, keine anderen Mittel hat, um das nach seiner Auffassung ungerechte Ergebnis zu korrigieren. Das Urteil des angerufenen Gerichts muß die Gerichte des Staates, dessen Recht umgangen wurde, binden. Diese Voraussetzung wird allerdings nicht von allen Gerichten für den Erlaß einer injunction bejaht. Man kann sich mit der Ungerechtigkeit eines, wenn auch vernichtbaren Rechtsscheins begnügen und den Korrektionszeitpunkt zur Verhinderung dieses Rechtsscheins durch den Erlaß einer injunction vorverlegen.[2)]

4.2 Die injunction als Ersatz eines Prozeßbehelfs

Das Ziel der injunction liegt darin, den Prozeß vor einem anderen Gericht zu verhindern. Sie bezweckt, das Verhältnis zwischen zwei Gerichten in bezug auf denselben Streit zu regeln. Ihr Zweck berührt sich insoweit mit dem anderer Institutionen des Prozeßrechts, z.B. den prozessualen Einreden. Diese Gemeinsamkeit des Zwecks rechtfertigt es, von der

---

1) s. Cheatham ua., Conflict of Laws, S.512, Einleitung zu Kap. 9.
2) s. oben S. 179 f.

injunction als Ersatz eines Prozeßbehelfs zu sprechen.[1)]

Um die Untersuchung zu vereinfachen, sei angenommen, daß beide Gerichte gemäß ihrem eigenen und dem Bundesverfassungsrecht jurisdiction besitzen.

Wenn ein Streit vor eines der beiden oder vor beide Gerichte gebracht wird, taucht zuerst die Frage nach dem geeigneten Gericht auf. Eine Partei wird der Meinung sein, das eine Gericht (F 1) sei eher in der Lage, den Fall angemessen zu entscheiden, als das andere (F 2). Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist dies eine Frage des forum non conveniens. Die Partei hat zwei Möglichkeiten, sie kann in F 1 die Einrede des forum non conveniens erheben, zum anderen kann sie in F 2 (in Ausnahmefällen in einem dritten Gericht) den Erlaß einer injunction beantragen, wobei der Antrag darauf gestützt wird, daß F 1 ein forum non conveniens sei.[3)] Denkbar ist aller-

---

1) In einem anderen Sinne prozeßrechtlich bedeutet die Bemerkung Hanbury's über die injunction im weitern Sinne: "on the substantive law of torts, equity may be said to have left hardly any mark at all; on the adjective (prozessuales, Anm.v.mir) law, however, the injunction has exercised an influence. When will an injunction be granted, in order to restrain a trespass on land, the publication of a libel, an infringement of a copyright?" in Modern Equity, S. 19.
"Prozeßrechtlich" bedeutet hier, daß historisch gesehen der injunction kein Anspruch aus tort auf Unterlassung zugrunde lag, sondern die injunction i.w.S. aus der prozessualen Befugnis des Richters gewachsen ist, Verbote zu erlassen und durchzusetzen, und daß die Voraussetzungen dieser Befugnis durch das Prozeßrecht und nicht durch das Recht der torts bestimmt wird. Vgl. hierzu die überraschend ähnliche Diskussion in Deutschland um die Rechtsnatur der vorbeugenden Unterlassungsklage, s. oben S. 133 ff.

2) Die FELA-Fälle nach der Entscheidung des Miles-Falles (s.oben); Douglas v. New York, N.H. & H.R.Co.
Andere: Gulf Oil Corp. v. Gilbert, s. auch Ehrenzweig, Conflict of Laws, Sec.35.

3) Die FELA-Fälle vor der Entscheidung der Miles- und Kepner-Fälle, s. oben. - Andere: O'Haire v. Bruns; Child.v. Henry; New York, C.& St.L.R.Co. v. Matzinger; Harvey Aluminium v. American Cyanamid Co.; James v. Grand Trunk Western Co.; Reynolds v. Home Indemnity Co.; Barr v. Thompson.

dings auch, daß die Partei die Verteidigung kumuliert, d.h. in F 1 die Einrede erhebt und in F 2 die injunction beantragt.[1)]

Wenn ein Prozeß schon fast bis zum Urteil gediehen ist, die klagende Partei feststellt, daß sie wahrscheinlich unterliegt, dann mag sie bestrebt sein, die Klage zurückzunehmen. In einem solchen Fall sind die ganzen Anstrengungen, die in das Verfahren investiert wurden, umsonst. Aus diesem Grunde bindet das deutsche Zivilprozeßrecht die Befugnis zur Klagrücknahme nach Beginn der mündlichen Verhandlung an die Einwilligung des Beklagten (§ 271 Abs. 1 ZPO).Für ein Prozeßrecht, das dieses Einwilligungserfordernis nicht kennt, kann die injunction die Lücke ausfüllen. Zwar kann das Gericht die klagende Partei nicht daran hindern, die Klage zurückzunehmen. Mittels der injunction kann sie aber verhindern, daß die Klägerpartei versucht, vor einem anderen Gericht zu einem günstigeren Urteil zu kommen.[2)]

---

1) Baltimore & O.R.R.Co. v. Halchak.

2) Ein anschauliches Beispiel ist Harvey Aluminium v. American Cyanamid Co.:
Die Parteien führte in N.Y. einen Prozeß über ein Versprechen, ein Grundstück und Industrieanlagen in Br. Guyana zu verkaufen. Die Parteien waren amerikanische Gesellschaften. Die klagende Gesellschaft versuchte die Klage in N.Y. zurückzunehmen und sie in Br.Guyana erneut anhängig zu machen. Das Verfahren in N.Y.war bis zum Vorabend der entscheidenden mündlichen Verhandlung gediehen. Das Gericht in N.Y. besaß die jurisdiction über die Parteien. Die Zeugen waren "executives" der Gesellschaften, denn die Vereinbarung konnte nicht durch Urkunden nachgewiesen werden. Sie waren unerläßlich in N.Y. für die Geschäfte. Die Ausgaben in dem Verfahren in N.Y. beliefen sich zu dem Zeitpunkt, als das N.Y. Gericht eine injunction erließ, schon auf $ 84.000,-, davon $ 73.000,- Gerichts- und Anwaltsgebühren. Das N.Y. Gericht schätzte, eine Klage in Br.Guyana würde noch einmal $ 55.000,- verschlingen, die Gerichts- und Anwaltskosten nicht miteingerechnet. Der Kaufpreis des umstrittenen Grundstücks samt Anlagen sollte $ 400.000,- betragen.
(Forts. S. 207)

Ein anderer Konfliktsfall entsteht, wenn ein Streitgegenstand bei zwei Gerichten anhängig ist. Die Verdopplung eines Rechtsstreits ist nicht erwünscht. Sie bedeutet ebenfalls Geld- und Zeitverschwendung für alle Beteiligten und birgt die Gefahr von widersprechenden Entscheidungen in sich. Dennoch heißt es, die Einrede der Rechtshängigkeit (defense of lis pendens) sei in den USA nicht anerkannt.[1] Die Fälle eines Verfahrens in rem sind in diesem Zusammenhang auszuschalten, da das Gericht, das über die streitige res durch Beschlagnahme oder aufgrund der Belegenheit die Kontrolle ausübt, die jurisdiction eines anderen Gerichts ausschließt.[2] Bei Verfahren in personam stellt sich aber die Frage der doppelten Rechtshängigkeit in aller Schärfe. Auch hier bestehen zur Vermeidung von Doppelprozessen die oben erwähnten drei Möglichkeiten, Einrede, injunction oder Kumulation. Im Verhältnis von Bundes- (F 2) zu Staatsgerichten (F 1) hat der Bundeskongreß nach Auslegung des obersten Bundesgerichts den Parteien und dem Bundesgericht (F 2) den Weg der injunction abgeschnitten.[3] Sec. 265 Judicial Code, jetzt 28 USC

Forts. v. S. 206 FN 2:
Das Gericht ging bei diesem Fall bei der Interessenabwägung allerdings davon aus, daß die Parteien nach amerikanischem Recht ihre Anwaltskosten und Zeugengebühren, die den größten Teil der Kosten ausmachen, selbst tragen. Das Gericht in Br.Guyana wäre aber wohl in der Lage gewesen, nach englischem Recht der klagenden Partei, die durch die erneute Klage verursachten zusätzlichen Kosten aufzuerlegen (vgl. Goodhart, Yale L.J. Bd.38, S. 849 ff.)

1) Ehrenzweig, Conflicts of Law, Sec. 36.
2) s. obenS.198 auch Lankenau v. Coggeshall & Hicks.
3) s. oben S.200.
Ein schwieriger Fall war Bryant v. Atlantic Coast Line Co., obenS.185:Richter L.Hand argumentierte, zwar sei das FELA-Verfahren im Bundes- (F 2) und das injunction-Verfahren im Staatsgericht (F 1) nicht auf denselben Streitgegenstand gerichtet. Doch habe das injunction-Verfahren in F 1 und das der Gegeninjunction in F 2 denselben Streitgegenstand, nämlich die Reichweite des Rechts des Klägers unter § 6 FELA. Beide injunction-Verfahren seien in personam. Deshalb seien insoweit (Forts. S. 208)

§ 2283, schließt allerdings nicht aus, daß die Bundesgerichte der von ihnen erhobenen Einrede der Rechtshängigkeit stattgeben. Die Abweisung einer Klage wegen anderweitiger Rechtshängigkeit steht jedoch im Ermessen des Bundesrichters erster Instanz.[1)]

Das Verbot der injunction gilt freilich nicht im Verhältnis der Bundesgerichte untereinander. So kommt es vor,daß injunctions von Bundesgerichten gegen Verfahren vor anderen Bundesgerichten erlassen werden, obwohl sie doch derselben (d.h. Bundes-) jurisdiction angehören.[2)]

Im Staat New York stimmen die Entscheidungen nicht ganz darin überein, welche Voraussetzungen den Erlaß einer injunction wegen lis pendens rechtfertigen. Eine Linie von Entscheidungen erläßt die injunction in all den Fällen, in denen nicht besondere Umstände das Verfahren in der fremden jurisdiction fordern.[3)] Zu dieser Linie sind auch die Fälle zu zählen, die die injunction von der zeitlichen Priorität des Verfahrens im Staate New York abhängig machen.[4)] Eine andere Linie von Entscheidungen stellt umgekehrt darauf ab, daß das Verfahren im Staate New York einen klaren zeitlichen Vorsprung (real priority in time) besitze, oder dass besondere Umstände ein

---

Forts. v. S. 207 FN 3:
beide Verfahren nebeneinander zulässig. Doch schließe Sec.265 Jud.Code den Erlaß einer Gegeninjunction aus. Ein überraschendes Ergebnis, wenn man bedenkt, daß F 2 die jurisdiction von F 1 angegriffen hat, und die Gegeninjunction zum Schutz der FELA-jurisdiction von F 1 erlassen wurde.

1) Richter Wisdom in Southern California Pertrolium Corp. v. Harper.
2) Crosley Corp. v. Hazeltine Corp.; Food Fair Stores v. Square Deal Market Co.; National Equipment Rental Ltd. v. Fowler.
3) so z.B. Rothschild v. Naamlooze Vennoutschap GEB.P.T.
4) National City Bank of N.Y. v. Beebe; Danzis v. Metropolitan Life Ins. Co.

Verfahren im Staate New York forderten.[1] Der Erlaß einer injunction ist in großem Umfang Ermessenssache der Gerichte des Staates New York.[2] Die oben mitgeteilten Regeln sind daher nur im Sinne von Richtlinien aufzufassen.

Auch andere Staaten kennen die injunction wegen lis pendens.[3] Allerdings gibt es auch Gerichte, die an die Einrede und die injunction denselben Maßstab anlegen. Diese Gerichte verweigern den Erlaß einer injunction in den Fällen, in denen sie selbst anstelle des anderen Gerichts (F 1) einer entsprechenden Einrede nicht stattgeben würden.[4]

Diese Beispiele zeigen, daß die Auffassung, amerikanische Gerichte könnten eine Verdopplung von rechtshängigen Verfahren nicht verhindern, in dieser allgemeinen Fassung nicht richtig ist. Zwar wird die Einrede der Rechtshängigkeit häufig nicht anerkannt. Doch darf der Rechtsbehelf der injunction nicht übersehen werden.

Das Bestreben, mehrere Verfahren über denselben Streitgegenstand zu verhindern, liegt auch der Verteidigung "res iudicata"est zugrunde. Ein rechtskräftiges Urteil schließt gemeinhin ein neues Verfahren innerhalb derselben jurisdiction aus.

Im Verhältnis von Bundes- zu Staatsgerichten sei auf die Diskussion um § 2283 verwiesen.[5] Diese Bestimmung läßt die injunction aufgrund von res iudicata

---

1) Merritt - Chapmann & Scott Corp. v. Mutual Ben. L.Ins. Co.; Poly Repro International Ltd. v. Pacific Copy Corp.
2) Locomobile Co. v. American Bridge Co.
3) Brand v. Eubank; Childress v. Johnson Motor Lines; Newell v. Newell; Applestein v. United Board & Carton Corp.
4) Illinois Life Ins. Co. v. Prentiss.
5) s. oben S. 197 ff.

im Gegensatz zu der Entscheidung des Toucey-Falles zu. Auch sonst ist die injunction zum Schutz eines rechtskräftigen Urteils recht häufig anzutreffen.[1] Sogar Urteile, die im Anerkennungsverfahren erlassen wurden, sind gegen Einwirkungen auf das fremde Urteil, das anerkannt wurde, geschützt.[2] Blanchard v. Commonwealth Oil Co. ist ein Fall, in der die Zweckgleichheit von Einrede der Rechtskraft und injunction zum Schutz der Rechtskraft außer acht gelassen wurde:

> Blanchard verklagte den Mehrheitsaktionär der beklagten Gesellschaft in einem Staatsgericht (F 2). Später verklagte er die Gesellschaft wegen desselben Streitgegenstandes in einem Bundesgericht (F 1). Inzwischen hatte allerdings das Staatsgericht (F 2) schon entschieden. Dieses erließ, gestützt auf die Rechtskraft seines Urteils, eine injunction (F 2). Das Bundesgericht (F 1) wies die Klage auf die vor ihm (F 1) erhobene Einrede hin wegen der rechtskräftigen Entscheidung in F 2 ab. Beide Parteien fochten das Urteil an. Die Beklagte war der Ansicht, das Untergericht (F 1) hätte die Klage aufgrund der injunction und nicht aufgrund der Einrede abweisen müssen. Das Bundesberufungsgericht folgte ihrer Argumentation, hob das Urteil des Untergerichts auf und wies die Klage wegen der im Staatsgericht (F 2) erlassenen injunction ab.

Die injunction ist, mit Einschränkungen, austauschbar mit den Einreden von forum non conveniens, von lis pendens und res iudicata. Diese Behauptung wird, abgesehen von den schon angeführten Fallbeispielen, vollends durch die Sachgestaltung bewiesen, daß ein Gericht (F 2) annimmt, das andere Gericht (F 1) werde die Einrede der Rechtshängigkeit nicht anerkennen und deshalb eine injunction erläßt, daß es

---

1) O'Haire v. Burns; Oates v. Morningside College; Aghnides v. Aghnides.
2) Heitzman v. Casanave; etwas anders allerdings O'Loughlin v. O'Loughlin, s. oben S.183.

aber diese injunction auf die Zeit der Rechtshängigkeit beschränkt, weil das andere Gericht (F 1) durch die full faith and credit-Klausel gezwungen sei, die Einrede der Rechtskraft des später in F 2 erlassenen Urteils anzuerkennen.[1)]

Wie erwähnt, gibt es drei Wege, die Frage des forum non conveniens, der lis pendens und der res iudicata zu entscheiden. Über die injunction wird die Entscheidung dem Gericht in F 2 übertragen. Der Weg der Einrede beläßt die Entscheidung dem Gericht in F 1. Die dritte Möglichkeit ist die Kumulation beider Rechtsbehelfe.

In der Geschichte der equity bildete sich die Regel heraus: Ein Rechtsbehelf in equity ist ausgeschlossen, wenn die Partei einen Rechtsbehelf at law besitzt. Übertragen auf das Verhältnis von F 1 und F 2 bedeutete diese Regel, daß die Kumulation ausgeschlossen wäre, die Einrede vielmehr den Vorrang hätte. Nur in den Fällen, in denen F 1 die Einrede generell versagte, griffe die injunction korrigierend ein.

In Übereinstimmung mit dieser Regel verwiesen einige Gerichte, bei denen eine injunction beantragt worden war (F 2), die Partei auf die ihr in F 1 eröffneten Einreden und Rechtsbehelfe.[2)] Andere Gerichte übergingen das Verhältnis beider Rechtsbehelfe mit Stillschweigen,[3)] oder sie gaben der in-

---

1) Jones v. Jones (II), s. oben S.180.
2) Bigelow v. Old Dominion Copper Mining and Smelting Co. J.W. Wells Lumber Co. v. Menominee River Boom Co.; W.M. Cameron & Co. v. Abbot; Brand v. Eubank; Sullivan v. Sullivan; Reynolds & Co. v. Home Indemnity Co.; Southern California Petrolium Corp. v. Harper; Second Nat. Bank of Philadelphia v. Thompson; Rosenstiel v. Rosenstiel (I) App.Div.; H.M. Hamilton & Co. v. American Home Assurance Co.
3) Crosley Corp. v. Hazeltine Corp.; Food Fair Stores v. Square Deal Market Co.

junction den Vorzug vor der Einrede.[1] Manche Gerichte ließen auch zu, daß sich Parteien durch Kumulation der Rechtsbehelfe doppelt sichern.[2] In einem Fall spekulierte der Kläger (in F 2) in dem Verfahren in F 1 als Beklagter so lange, bis er sicher war, daß er in F 1 unterliegen würde. Dann erst beantragte er in F 2 den Erlaß einer injunction. Das Untergericht gab dem Antrag statt, das Berufungsgericht wies ihn allerdings ab.[3][4]

4.3 Die injunction als Mittel zur Abwehr rechtswidriger Handlungen

Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen injunction und Einrede. Die Einrede wirkt unmittelbar auf das Verfahren in F 1. Wenn der Richter in F 1 die Einrede für begründet erachtet, dann wird die Klage abgewiesen. Im Gegensatz hierzu wirkt die injunction, die F 2 erläßt, nur gegen die Partei. Adressat ist immer die Partei, niemals der Richter in F 1. Die historische Wurzel der in personam-Doktrin wurde oben[5] schon aufgezeigt. Die Beschränkung des Befehls auf die Partei beruht auf der beschränkten Macht des Gerichts, die an den Grenzen seiner jurisdiction Halt macht. Die injunction ist der verlängerte Arm, mit dem das Gericht (F 2) über

---

1) O'Haire v. Burns (F 2 war 500 Meilen entfernt; im Jahre 1909); Heitzman v. Casanave.
2) Natalbany Lumber Co. v. Mc Graw; Aghnides v. Aghnides; National Equipment Rental Ltd. v. Fowler (mit einem beachtenswerten Dissent in diesem Punkt); Blanchard v. Commonwealth Oil Co. (s. oben S. 210).
3) Merritt-Chapman & Scott Corp. v. Mutual Ben. L. Ins.Co.
4) In einigen Fällen wird die injunction zurückgewiesen, weil die Partei in derselben jurisdiction (F 1) andere Rechtsbehelfe offenstehen (Goldstein-Regel). Das Problem liegt dann in der Abgrenzung zwischen Gerichten und Verfahren innerhalb einer jurisdiction (nach Ehrenzweig, Conflicts of Laws 73, wohl eine Frage der "competency" innerhalb der jurisdiction).
5) S. 154 f., 157 f.

die Grenzen seiner jurisdiction hinaus in das Verfahren (F 1) eingreift. Technisch wird der Eingriff durch einen Druck auf die Partei bewerkstelligt, deren Disposition das Verfahren in F 1 unterworfen ist. Zwar bleibt es der Partei unbenommen, das Verfahren in F 1 fortzusetzen. Sie muß jedoch in F 2 die Bestrafung wegen contempt befürchten.

Die Konstruktion ist einfach. Die Prozeßhandlungen des Adressaten, die auf Fortführung des Prozesses in F 1 gerichtet sind, werden nach Erlaß der injunction zu rechtswidrigen Handlungen.[1] Das Ergehen des fremden Rechts oder Gerichtsstandes wird von dem Recht in F 2 mißbilligt. Es ist fraus legis (fraud).

Der Charakter der injunction als Behelf gegen rechtswidriges Handeln dringt auch in dem amerikanischen Entscheidungen durch. So wird dieser Zweck deutlich, wenn das Gericht (F 2) die beantragte injunction verweigert, weil die beantragende Partei, falls das Verfahren in F 1 ihr Schaden zufügte, auf Schadensersatz wegen arglistiger Rechtsverfolgung (malicious abuse of process) klagen könne.[2] In einer Vielzahl der anderen Fälle wird in der Urteilsbegründung (F 2) eine Sprache laut, die die Prozeßhandlung in F 1 als rechtswidrige Handlung brandmarkt (oppressive, vexatious, wrongful, inequitable etc.).[3]

Die fraus legis besteht in manchen Fällen darin, daß das Gericht ein unvollständiges Bild von den Tatsachen erhält. Unter dieser Voraussetzung kann F 1 nicht Recht sprechen.[4] Wenn beide Gerichte (F 1 und 2)

---

1) Rechtswidrige Handlungen nicht im engen Sinn einer unerlaubten Handlung des common law - tort -, sondern im Sinne der deutschen Systematik .
2) Greer v. Cook .
3) sehr deutlich: Steelman v. All Continent Co.; Bryant v. Atlantic Coast Line R.Co.
4) vgl. z.B.: Simon v. Southern Railway; Second Nat. Bank of Philadelphia v. Thompson.

sich über die Beurteilung des Verhaltens des Adressaten einig sind, dann entstehen keine Konflikte. In diesem Fall dürften der übervorteilten Partei auch in F 1 Rechtsbehelfe offenstehen, um das Verfahren dort zu verhindern. Finanzielle oder andere Gründe werden hier das Motiv dafür sein, daß die Parteien den Weg der injunction wählen.

5. Die antisuitinjunction als Hindernis im Prozeß der Rechtsangleichung

Der Prozeß der Vereinheitlichung der Rechte und Gerichtsbarkeiten in den USA ist ein beständiges Spiel von Druck und Gegendruck. Drei Klauseln der Bundesverfassung dienten dem Bundesgesetzgeber und dem obersten Bundesgericht als Hebel, die Rechtsangleichung voranzutreiben: Die interstate commerce -, die due process-[1] und die full faith and credit-Klausel.

Über die interstate commerce-Klausel[2] hat der Kongreß den FELA erlassen, der einheitlich im ganzen Bund gilt. Im Bereich der Gerichtsstände hat der FELA die Konkurrenz der Bundes- und Staatsgerichtsbarkeit aufrecht erhalten. Die Bestimmung des § 6 FELA ist ihrem Wortlaut nach klar. Sie wurde jedoch offensichtlich von den betroffenen Eisenbahngesellschaften und einem Großteil der Gerichte als zu weit empfunden. Die injunction diente als ein Mittel der

---

1) Die due process-Klausel legt die Minimalvoraussetzungen fest, unter denen ein Gericht nach der Bundesverfassung seine jurisdiction bejahen kann. Da die injunction der Beschränkung von zu weit erachteten Gerichtsstandsnormen, nicht ihrer Erweiterung dient, bleibt die due process-Klausel außer Betracht.

2) Art.I, Sec.8: Der Kongreß hat die Macht, den Handelsverkehr mit ausländischen Staaten, zwischen den Einzelstaaten und mit den Indianerstämmen zu regeln (Übersetz.v.Verf.) - Der Begriff Handelsverkehr (Commerce) umfaßt heute alle wirtschaftlichen Vorgänge, die über die Grenzen eines Bundesstaaten hinausreichen.

Korrektur.

Bei der Beurteilung des § 6 FELA konnte das oberste Bundesgericht von zwei Hypothesen ausgehen:
a) Wenn die Vorschrift des § 6 in ihrer weiten Fassung den Bedürfnissen der Praxis entsprach und getreu die Interessenwertung des Gesetzgebers widerspiegelte, dann wirkte die injunction als ein Fremdkörper. Sie störte die vom Gesetzgeber des Bundes erreichte Rechtsordnung, indem sie nicht berücksichtigte Partikularinteressen wieder in die Betrachtung einbezog.
b) Wenn allerdings die Vorschrift des § 6 zu weit geraten war, dann bedurfte sie der Korrektur. Die injunction diente dann der Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen den Partei- und Gerichtsinteressen und somit einer vernünftigen Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten.

Das oberste Bundesgericht schloß die injunction aus und wies F 1 die Entscheidung über den Ausschluß des gewählten Gerichtsstandes (F 1) zu.[1] Damit bezog das

---

1) Justice Jackson ging in einer concurring opinion (abweichende Begründung für die Entscheidung der Mehrheit) in Miles v. Illinois Central R.R.Co.,S.707 über die Mehrheit des Gerichts hinaus und sah in der Regelung nur ein Instrument des privaten Interessenausgleichs. Er sperrte sich deshalb gegen jedwede Einschränkung des § 6 FELA:
"Der FELA beläßt den interstate commerce unter der Last eines mittelalterlichen Systems, den verletzten Eisenbahnarbeiter oder seine Angehörigen zu entschädigen. Man gibt ihm keine Entschädigung, sondern nur einen Rechtsstreit ("he is not given a remedy, but only a lawsuit"). Es ist sehr wohl bekannt, daß er in den meisten Fällen nur klagen kann, wenn er die erhoffte Entschädigung mit einem Rechtsanwalt teilt. Dieses rückständige System der Behandlung von Betriebsunfällen in interstate commerce funktioniert so, daß von drei Dollar, die im Urteil dem Geschädigten zugesprochen werden, einer ihn tatsächlich erreicht... Ich habe keinen Grund zu glauben, daß der Kongreß nicht die relativ geringe zusätzliche Belastung des interstate commerce beabsichtigte, dadurch, daß es den Arbeiter bei der Auswahl der Gerichtsstände favorisierte." (Übers.v.Verf.)

Gericht eine mittlere Position. Die injunction, die eine große Anzahl von FELA-Verfahren verzögert und verteuert hatte, entfiel. Widersprüchliche Entscheidungen über die Verteidigung mit dem Argument des forum non conveniens entfielen. Mit dem Ausschluß der injunction hatte das oberste Bundesgericht aber auch eine Entscheidung zwischen den verschiedenen Interessen getroffen. Das finanzielle Interesse des Verletzten, selbst unter der Gefahr der Schikane, wurde dem finanziellen Interesse der Gesellschaft an einem zumutbaren Gerichtsstand übergeordnet. Die Möglichkeit der Einrede des forum non conveniens stellt das Gleichgewicht zwischen den Interessen nur teilweise wieder her. Der oberste Gerichtshof konnte nämlich nicht einheitlich nach Bundesrecht die Einrede des forum non conveniens einführen. Diese Entscheidung, Einrede oder nicht, blieb der lex fori überlassen. Das bedeutet, daß die beklagte Gesellschaft, die die Einrede erhebt, das Risiko trägt, ob das Gericht in F 1 ihre Interessen berücksichtigt, indem z.B. die öffentlichen Interessen des Gerichts an einer Entlastung seines Terminkalenders mit den Privatinteressen der Gesellschaft parallel laufen. Denn die Einrede dürfte zurückgewiesen werden, wenn ein unterbeschäftigtes Gericht der bei ihm zugelassenen Anwaltschaft Einkommensquellen erschließen will.[1] Einheitliche Regeln über die Beurteilung des forum non conveniens existieren schon aus diesem Grunde nicht. Die Rechtseinheit ist auch schon deshalb nicht erreicht, weil manche Staaten die Einrede generell

---

1) Das gilt vor allem für die Staatsgerichte unterer Instanz, deren Richterschaft sich in der Mehrzahl aus ehemaligen Rechtsanwälten - Politikern rekrutiert, die den Sorgen ihres lokalen Rechtsanwaltsstandes wesentlich näher stehen als ein Karriererichter.

in ihrem Recht nicht kennen.[1)]

Von größter Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die full faith and credit-Klausel. Sie lautet:[2)]

> Volle Anerkennung ist in jedem Staat den öffentlichen Urkunden, Protokollen und Gerichtsverfahren eines jeden anderen Staates zu gewähren. Der Kongreß kann in einem allgemeinen Gesetz die Art und Weise festlegen, in der der Beweis für solche Urkunden, Protokolle und Gerichtsverfahren geführt wird, sowie deren Wirkung.

Das letzte Ausführungsgesetz gemäß Satz 2 der Klausel erließ der Kongreß im Jahre 1948:[4)]

> Solche Urkunden, Protokolle oder Gerichtsverfahren, oder ihre Abschriften, wenn sie beglaubigt sind, finden in jedem Gericht innerhalb der US, seiner Territorien und Besitzungen dieselbe volle Anerkennung, die sie durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht in den Gerichten des Staates, Territoriums oder der Besitzung haben, aus dem oder der sie stammen.

Es ist scharf zu scheiden zwischen der Verfassungspflicht zur Anerkennung der Gesetze eines anderen Einzelstaates und zur Anerkennung der Urteile von Gerichten eines anderen Einzelstaates.

Über die Vorschrift, Gesetze einer anderen jurisdiction anzuerkennen, wäre den Bundesorganen der Weg eröffnet, die legislative jurisdiction der Staaten zu ordnen, d.h.

---

1) hierunter vor allem Mo., Tx., Ohio, Wash.; s. Comment, U.of Chi.L.R. Bd. 26, FN 8 u. 45.
2) Amendment XIV, Sec.1.
3) Art.IV, Sec.1.
4) Abs.3 von 28 USC Sec.1738. Der erste Abs. lautet: Die Urkunden des Gesetzgebers eines Staates, Territoriums oder einer Besitzung der US, oder die Abschriften sollen durch ein Siegel des Staates, Territoriums oder der Besitzung beglaubigt werden. (Übers. v.Verf.)
Der Hinweis auf den Gesetzgeber zwingt zu der Auslegung, daß in Abs.3 auch die Gesetze der einzelnen Bundesstaaten untereinander Anerkennung heischen. Denn die "Urkunden des Gesetzgebers" fehlten in der Vorschrift, die vor 1948 galt (damals 28 USC, Sec.687).

zu bestimmen, das Recht welchen Staates ein Gericht auf den Sachverhalt im Falle eines Gesetzeskonfliktes anzuwenden hätte. In einigen wenigen Fällen[1] hat sich das oberste Bundesgericht mit diesem Problem beschäftigt. Von der Lösung des Problems oder einem System der gegenseitigen Anerkennung von Gesetzen kann jedoch keine Rede sein.

In Bezug auf die Urteile anderer jurisdictions hält das oberste Bundesgericht jedoch eine klare Linie ein. Rechtskräftige Urteile eines Staates sind von einer anderen jurisdiction anzuerkennen. Den Umfang der Rechtskraft bestimmt, wie aus dem Ergänzungsgesetz des Kongresses ersichtlich ist, das Recht des Gerichts, das das Urteil erlassen hat. Selbst wenn das Urteil auf einem Anspruch mit Strafcharakter[2], auf einer nicht erzwingbaren Naturalobligation[3] oder einer Steuerschuld[4] beruht, ist das Gericht des anderen Staates, das das gleiche Urteil nicht hätte erlassen dürfen, daran gebunden und kann die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils nicht verweigern. Das rechtskräftige Urteil eines Staates, aufgrund seines eigenen Rechtes erlassen, ist auch dann anzuerkennen, wenn der Staat, der zur Anerkennung aufgerufen ist, auf die Streitsache nach Bundesverfassungsrecht zulässigerweise sein eigenes abweichendes Recht angewandt hätte. Die full faith and credit-Klausel schneidet ihm nach Erlaß des rechtskräftigen Urteils der anderen jurisdiction die Berufung auf das eigene Recht ab.[5] Zur Anerkennung verpflichten nur wirksame Urteile. Unwirksam, auch im Urteilsstaat, ist ein Urteil, wenn dem entscheidenden Gericht die

---

1) Tennessee Coal, Iron R.R.Co. v. George; Alaska Packers Ass'n v. Industrial Accident Commission of Cal.; Hughes v. Fetter; First National Bank of Chicago v. United Airlines.
2) Huntington v. Attrill.
3) Fauntleroy v. Lum.
4) Milwaukee County v. M.E.White Co.
5) Magnolia Petrolium Co. v. Hunt .

jurisdiction fehlte. Über die Vorfrage der jurisdiction entscheidet das zur Anerkennung aufgerufene Gericht selbständig. Die full faith and credit-Klausel umfaßt nicht die Entscheidung der Vorfrage.[1)]

Eine Ausnahme von der Regel der Anerkennungsverpflichtung bildeten zeitweise die oben behandelten Scheidungsfälle unter Haddock v. Haddock. Ex parte - Scheidungen waren von der Anerkennungspflicht ausgenommen, wenn der geschiedene Ehepartner seinen Partner böswillig verlassen hatte. Das Interesse der Einzeljurisdiction wurde über das Interesse an der Vereinheitlichung des Scheidungsrechts gestellt. Einige Staaten erließen sogar trotz dieser anerkennungsfeindlichen Rechtsprechung injunctions. Anders allerdings die Rechtsprechung im Staate New York seit Goldstein v. Goldstein.[2)] Da das oberste Bundesgericht die Gerichte des Staates New York nicht verpflichtete, ex parte-Scheidungen anzuerkennen, also insoweit auf eine Vereinheitlichung verzichtete, bedurfte es nicht der injunction, um die in den Scheidungsvorschriften des Staates New York verkörperte Wertung zu verteidigen. Die seit Greenberg v. Greenberg[3)] praktizierte injunction wurde also aufgegeben.

Mit Williams (I) führte das oberste Bundesgericht jedoch auch die ex parte-Scheidungen in den Bannkreis der full faith and credit-Klausel zurück. In Williams (II) präzisierte es die auch außerhalb des Scheidungsrechts gültige Beschränkung der Anerkennungspflicht auf das Sachurteil, wonach die jurisdiction des Urteilsstaates angreifbar bleibt. Die Rechtseinheit zwischen den verschiedenen Sachbereichen (Scheidungsurteile und übrige) war wiederhergestellt. Um ein Aus-

---

1) s. oben S. 170.
2) s. oben S. 167 ff.
3) s. oben S. 167.

brechen der Partikularinteressen aus der Anerkennungspflicht über eine regelmäßige ablehnende Haltung gegenüber der jurisdiction des Urteilsstaats zu verhindern, setzte das oberste Bundesgericht eine Art Umkehrung der Beweislast fest. Die Vereinheitlichungstendenz, die in diesen beiden Fällen zutage trat, ging über den Rahmen einer auf das Recht der Urteilsanerkennung beschränkten Vereinheitlichung hinaus. Den Urteilen mag auch die Absicht zugrunde gelegen haben, die scheidungsfeindlichen Staaten zur Änderung ihres materiellen Scheidungsrechts zu zwingen.[1] Das oberste Bundesgericht war hierzu direkt nicht imstande, da das Scheidungsrecht in die Gesetzgebungszuständigkeit der Einzelstaaten fällt. Es mußte daher den Umweg über die full faith and credit-Klausel gehen. Die Gerichte des Staates New York reagierten wie Seismographen schon auf die Entscheidung von Williams (I). Die injunction wurde zur Verteidigung der Partikularinteressen des Staates New York in der Scheidungsfrage eingesetzt. In diesem Fall richtete sich die injunction ganz klar gegen die Rechtsangleichung.

Allerdings war das Mittel der injunction auf lange Sicht ein stumpfes Schwert. Die injunction konnte nur in einem geringen Ausschnitt der Scheidungsfälle erlassen werden, nämlich nur dann, wenn sich die Ehepartner über die Scheidung und ihre Nebenbedingungen nicht einig waren. Keine injunction konnte ergehen, wenn sich beide Partner einverständlich um eine Scheidung bemühten. Letzteres war aber der Regelfall. Die injunction verhinderte darüber hinaus keine Scheidung, wenn der Adressat die allein streitigen, meist finanziellen Nebenbedingungen abzeptierte, wenn er darüber hinaus die Geldstrafe oder

1) s. hierzu Rheinstein, AcP Bd.164, 376 f. Nach Meinung dieses Kenners des am. Ehe- und Scheidungsrechts dürfte der selbst mehrfach geschiedene Justice Douglas die treibende Kraft des obersten Bundesgerichts gewesen sein.

das Gefängnis der Ehefrau oder dem von ihr gesetzten Lösegeld vorzog, oder wenn er gar den Staat New York um der Scheidung willen endgültig verließ.

Die injunction mußte auch deshalb wirkungslos bleiben, weil in dem Staat New York die Auffassung der Legislative und der Gerichte über die zu verteidigenden Interessen unterschiedlich war.[1] Immerhin hätte die strikte Anwendung der injunction, verbunden mit einer Ablehnung einverständlicher, aber ausländischer (mexikanischer) Scheidungen die Umgehung des Rechtes des Staates New York erschweren können. Das oberste Gericht des Staates New York, wohl selbst an der Gerechtigkeit der Scheidungspolitik seines Gesetzgebers zweifelnd, sah keinen Anlaß, den Strom der Scheidungswilligen, die nach Mexiko fuhren, in die Scheidungsparadiese innerhalb der Grenzen der USA umzuleiten dadurch, daß es die Anerkennung der einverständlichen mexikanischen Scheidung verweigerte. Die Scheidungsrichter und -anwälte Nevadas standen und stehen den Richtern des Staates New York sicher nicht näher als deren mexikanische Kollegen. In Rosenstiel v. Rosenstiel (II)[2] eröffnete das oberste Gericht New Yorks die Möglichkeit der einverständlichen Scheidung in Mexiko unter der Voraussetzung, daß zumindest ein Ehepartner dem Scheidungsprozeß persönlich beiwohnte.

Der Staat New York hat im Jahre 1966 mit Wirkung von 1967 an sein materielles Scheidungsrecht liberalisiert.[3]

---

1) D. Currie, U.of Chi.L.Rev. Bd.34, S.59.
2) diese Entscheidung ist auch in RabelsZ Bd.32, S.527 enthalten. Fraglich ist allerdings, ob dieser Präzedenzfall nach der Liberalisierung des N.Y. Scheidungsrechts weiter befolgt werden wird, v. Hippel, FamRZ 1969, S.457 .
3) Ch.254 McKinney's Session Laws of N.Y., § 2-170 s. auch oben S. 163 FN 2 .

Dabei haben die Autoren der Gesetzesnovelle die Beweislastregelung von Williams (II) mehr oder weniger aus der Welt geschafft und die Vorschrift eingeführt, daß, wenn ein Ehepartner nach Erhalt der ex parte-Scheidung außerhalb des Staates New York nach New York zurückkehre, sein Wohnsitz ununterbrochen im Staat New York vermutet werde.[1] Es bleibt offen, wie das oberste Bundesgericht auf diese Rückverteilung der Beweislast reagieren wird,[2] die in vielen Fällen die Anerkennung der Scheidung mangels einer jurisdiction des scheidenden Gerichts ausschließt. Wenn man den Zweck der Beweislastregelung seinerzeit in Williams (II) berücksichtigt, nämlich eine wirksame Verteidigung gegen ex parte-Scheidungen möglichst zu erschweren, um dadurch die scheidungsfeindlichen Staaten zur Liberalisierung des Scheidungsrechts zu zwingen, dann besteht durchaus die Möglichkeit, daß nach dieser Liberalisierung das oberste Bundesgericht nichts gegen die Vermutungsregel des Gesetzes des Staates New York einzuwenden hat.[3]

Auch nach der Liberalisierung des New Yorker Scheidungsrechts wird es noch Fälle geben, in denen eine injunction erlassen wird. Dies wird aber nur zeigen, daß zwischen der Scheidungspraxis des Staates New York und der der Scheidungsparadiese immer noch ein Gefälle besteht. Die injunction dürfte insbesondere dann ihren gebührenden Platz behalten, wenn

---

1) Ch. 254 ebenda, § 11 - § 250, abgedruckt und übersetzt bei v. Hippel, a.a.O.
2) für verfassungswidrig halten Foster, N.Y.L.Rev. Bd.43, § 441 f. und Foster-Freed, The Divorce Reform Law, S. 36 ff. § 250, soweit er das in einem anderen Bundesstaat erlassene Scheidungsurteil betrifft.
3) vorsichtigerweise bestimmte der N.Y. Gesetzgeber in § 14 der Novelle, daß Teilnichtigkeit des Gesetzes nicht die Gesamtnichtigkeit nach sich zöge.

das oberste Bundesgericht die Vermutungsregel über den Wohnsitz des Scheidungswilligen[1] unwirksam erklären sollte. Die injunction würde dann nach wie vor die Funktion dieser Vermutung übernehmen, ebenso wie nach der Entscheidung von Williams (I).

In den übrigen Fällen ist die Wirkung der injunction auf den Prozeß der Vereinheitlichung schwerer zu bestimmen. Wo die injunction eine Einrede ersetzt, füllt sie prima facie einen leeren Platz aus, wie wir z.B. bei der Behandlung der injunction lite pendente gesehen haben. Sie grenzt insoweit die Zuständigkeiten gegeneinander ab. Unnötige Doppelprozesse werden vermieden. Die Kumulation der Einrede und injunction erscheint jedoch des Guten zuviel.[2] Das gilt insbesondere im Verhältnis von Gerichten, die derselben jurisdiction zugehörigen. Die injunction sprengt dann das Gleichgewicht eines Gerichtssystems, indem sich F 2 zum Berufungsgericht über F 1 aufschwingt.[3] Im Erlaß der injunction liegt die Behauptung, daß F 1 die Situation nicht richtig beurteile oder beurteilen könne. Diese Implikation mag allenfalls gegenüber Gerichten einer fremden jurisdiction haltbar sein, die grundsätzlich eine andere Interessenbewertung als F 2 vornehmen. Sie ist jedoch dann fehl am Platze, wenn F 1 als Gericht derselben jurisdiction die Mittel hat, die Prozeßlage herbeizuführen[4], auf die F 2 durch den Erlaß der injunction hinwirkt.

---

1) s. oben S. 222 FN 1.
2) Hayes Industries, Inc. v. Caribbean Sales Associates, Inc.
3) Bigelow v. Old Dominion Copper Mining and Smelting Co.
4) so gibt 28 USC § 1404 (a) den Bundesgerichten erster Instanz die Möglichkeit, den Rechtsstreit aus dem Grunde des forum non conveniens an ein anderes Bundesgericht zu verweisen.

Die Wirkung der injunction ist auch deshalb so schwer zu bestimmen, weil nie mit Sicherheit beantwortet werden kann, wie F 1 auf die injunction reagiert.[1] Zwar wird rechtlich F 1 von der injunction nicht betroffen. Deshalb ignoriert die Mehrheit der Gerichte (F 1) eine injunction und überläßt es dem Adressaten, sich zu entscheiden.[2] In einigen Fällen hatten jedoch Gerichte (F 1), die in F 2 erlassene injunction anerkannt und die Klage des Adressaten daraufhin abgewiesen oder das Verfahren ausgesetzt.[3] In den seltensten Fällen[4] führte die injunction zur Vergeltung in Form einer counter-injuntion. In diesem Fall führt die injunction zum offenen Konflikt der beiden Gerichtsbarkeiten.

6. Richterstimmen zur rechtspolitischen Würdigung

Der Hauptunterschied zwischen der injunction und einer erfolgreichen Einrede liegt in der Wirkung. Die Einrede wirkt unmittelbar auf den Prozeß, sie gestaltet. Die injunction wirkt mittelbar durch Druck auf eine Partei des Prozesses. Ihr Erfolg, die Wirkung auf den Prozeß in F 1, ist nicht gewährleistet. Hier liegt die Schwäche der injunction. Sie ist geboren aus der Konfliktsituation zweier Rechtswege (common law und equity). Sie hat sich weiter entwickelt aus der Konkurrenz mehrerer Gerichtsbarkeiten in den USA. Aus ihrer Geschichte heraus ist die

---

1) s. hierzu Comment, U.of Chi.L.R. Bd.26, S. 633 ff.
2) so z.B. State ex rel. Railroad Co. v. Nortoni in letzter Instanz;
   Bryant v. Atlantic Coast Line R.Co.; Sout v. Pate
3) Allen v. Chicago Great Western R.Co.
   Standard Oil v. Reddick
   Blanchard v. Commonwealth Oil Co.
   Koehring Co. v. Hyde Construction Co.
4) z.B. im Eingangsfall James v. Grand Trunk Western R.R. Co.

injunction als richterlicher Befehl, der nur auf die Partei des Prozesses in F 1 wirkt, zum Absterben bestimmt, sobald das Gericht des Umweges über die Partei nicht mehr bedarf.[1)]

Gelänge es, die Wirkung der injunction in personam zu beseitigen und sie durch die Wirkung in rem zu ersetzen, dann wäre ihre Schwäche beseitigt. In den USA böte sich die full faith and credit-Klausel an, um diese gestaltende Wirkung der injunction zu erreichen. Zwar würde der Befehl immer noch an die Partei gerichtet. Doch sobald die injunction in F 2 rechtskräftig erlassen wäre, würde sie auch F 1 binden.[2)] Ihre Wirkung deckte sich mit der einer prozessualen Einrede.

Der Unterschied, ob die prozessuale Vorfrage in F 1 oder F 2 entschieden wird, wirkt sich unter diesen Umständen nur noch dahin aus, daß F 1 möglicherweise andere Interessen berücksichtigt als F 2. Dieser Unterschied hat jedoch nichts mit der injunction an sich zu tun. Er ist, wie die Bemerkung von Bundesrichter Jackson in dem Streit um § 6 FELA zeigt[3)],

---

1) s. oben S. 157.

2) In dieser Richtung gingen die Ideen des Richters in Meng v. Meng, der in einem obiter dictum (S.442) ausführte:
"Unsere injunction machte den Beklagten unfähig, die Klage in Reno bis zur endgültigen Beendigung des Verfahrens hier weiterzuverfolgen. Diese spezielle und individuelle Unfähigkeit folgt der von der injunction betroffenen Person, wo auch immer sie hingeht, und es ist sehr wohl möglich, daß, obwohl die injunction nicht direkt gegen das Nevada Gericht wirkt, dieses Gericht verpflichtet war, unter der full faith and credit-Klausel der Bundesverfassung die injunction anzuerkennen und ihr Wirkung einzuräumen bezüglich des Beklagten, und daß deshalb eine unter diesen Umständen ausgesprochene Scheidung außerhalb Nevadas nicht wirksam wäre, ja vielleicht sogar in diesem Staat nichtig und deshalb aufzuheben wäre." (Übers.v.Ver:

3) s. oben S.215 FN 1.
Wir sehen eine dreistufige Korrektur. Die Gerichtsstandsregelung soll Mängel des materiellen und des Kostenrechts wettmachen. Diese Regelung, als zu weit

(Forts. S. 226)

ganz unabhängig davon zu lösen, ob man die injunction als Rechtsinstitut ablehnt oder nicht. Dasselbe gilt für die Einrede.

Die Erstreckung der Wirkung der injunction auf F 1 würde darüber hinaus nur das offenlegen, was viele Gerichte empfinden, nämlich, daß die injunction in Wahrheit gegen F 1 und nicht nur gegen die dort prozessierende Partei gerichtet ist.[1] Schon Coke wehrte sich, wenn auch erfolglos, gegen die injunction. Er empfand sie als gegen die common law-Gerichtsbarkeit gerichtet. In den Anfängen der Vereinigten Staaten malte ein Gericht im Staate New York[2] die Situation dahingehend aus, daß die Gerichte die Konkurrenz ihrer Zuständigkeiten auf dem Rücken der Parteien austragen würden. Der Richter lehnte die injunction in personam ab, da sie eine endlose Kette von injunction, Gegeninjunction, Rückinjunction usw. erzeugen könne. Die Auffassung, daß die injunction in dem Falle, wo das Recht von F 1 eine Einrede oder eine Verweisungsmöglichkeit kennt, einer Berufungsentscheidung durch F 2, das gewöhnlich ein Gericht derselben Instanz ist, gleichkomme, zielt ebenfalls in diese Richtung. Andere Gerichte berufen

---

Forts. v. S. 225 FN 3:
empfunden, soll durch die injunction korrigiert werden. Damit wird das Problem immer weiter verlagert, gelöst wird es nicht. Anzusetzen wäre vielmehr bei der Regelung des materiellen Rechts und der Einführung einer angemessenen Erstattung der RA-Gebühren.

1) s. oben S. 155.

2) Mead v. Merritt (S.404):
"... Wenn dieses Gericht eine injunction erließe, um ein Verfahren, das vorher in einem anderen Bundesstaat begonnen wurde, zu verbieten, könnte das Gericht jenes Staates an dem Kläger, Beklagten in jenem Verfahren, Vergeltung üben. Bei solchem Verlauf der Verfahren würden die Gerichte verschiedener Staaten indirekt in ihrer jurisdiction kollidieren; die Rechte der Parteien könnten aus dem Auge verloren werden in einer sinnlosen Auseinandersetzung um etwas, das man die legitimen Befugnisse und Rechte der Gerichte bezeichnen könnte." (Übers.v.Verf.)

sich zwar auf die in personam-Doktrin, geben aber zu, daß die injunction dennoch nach indirekter Einmischung in das Verfahren eines anderen Gerichts "schmecke".[1] In dem Eingangsfall, James v. Grand Trunk Western R.R.Co., waren sich die Richter über die Zweifelhaftigkeit der in personam-Doktrin einig.[2]

---

1) Meng v. Meng (S. 435); In Rosenstiel v. Rosenstiel (I), Sp.T., und Bauer v. Bauer heißt es: "eine ungerechtfertigte Einmischung in das ordnungsgemäße gerichtliche Verfahren eines anderen Staates."

2) Justice Bristow kritisiert in seiner für die Mehrheit geschriebenen Begründung die in personam-Doktrin:
"Wenn wir diese Prinzipien (scil. Equity acts in personam) auf den vorliegenden Fall anwenden, so können wir nicht unsere Augen vor dem Faktum verschließen, daß die injunction von Mich., obwohl an die Parteien adressiert und nicht an dieses Gericht, beabsichtigte, das Ill. Gericht daran zu hindern, über den Streitgegenstand zu entscheiden, über den es ordnungsgemäß die jurisdiction erworben hatte. Denn es ist offenkundig, daß, wenn die streitenden Parteien gezwungen werden, die Klage in Ill. zurückzunehmen, dadurch unsere rechtmäßig erworbene jurisdiction zerstört wird. Die Mich. injunction war deshalb in allem außer der Form ein Verbot an das Ill. Gericht und eine Bestimmung der Fälle, die es (scil. das Ill. Gericht) rechtmäßig verhandeln könne." (S. 865)
und
"Das Ill. Gericht ist weder so bar jeder Autorität, noch so verkalkt in seinen Überlegungen, daß es sich hinter der Equity Maxime 'Equity wirkt in personam' versteckte und wie ein Papagei nachplapperte, wie es die Beklagte vorschlägt, daß nur die streitenden Parteien, nicht jedoch die jurisdiction dieses Gerichtes von der Mich. injunction betroffen seien. Wir haben das Recht festzustellen, daß deren Zwang (scil. der Mich. Richter) unsere jurisdiction zerstört, und wenn wir nicht die streitenden Parteien von solchem Zwang bewahren können, ist es müßig zu sagen, wir könnten unsere jurisdiction beschützen."

Justice Schaefer schreibt für die Minderheit:
"Ich stimme mit der Mehrheit darin überein, daß in Fällen wie dem vorliegenden, die nützliche Maxime 'Equity wirkt in personam' nicht die ganze Geschichte erzählt." (Übers.v.Verf.)

Auch die Richter des obersten Bundesgerichts vernachlässigten mitunter die in personam-Wirkung der injunction.[1)]

Den besten Beweis für die Zweifelhaftigkeit dieser Doktrin lieferte jedoch der Bundesgesetzgeber selbst, indem er die injunction im Verhältnis von Bundes- zu Staatsgerichten verbot. Diese Vorschrift ist nur dann zu verstehen, wenn man die Wirkung der injunction nicht nur auf die Parteien, sondern auf die Staatsgerichtsbarkeit als solche in Betracht zieht. Die Regelung des Verhältnisses dieser beiden Gerichtsbarkeiten setzt voraus, daß dieses Verhältnis vorher durch den Erlaß der injunction getrübt wurde. Damit ist weiter anerkannt, daß die injunction primär die Interessen der betroffenen Gerichtsbarkeiten berührt.

Letztlich ist die injunction mit ihrer in personam-Wirkung das Hilfsmittel, mit der eine jurisdiction den Gedanken des ordre public über ihren räumlichen Machtbereich in die Rechtsordnung anderer jurisdiction's hineinträgt. Sie ergänzt und ersetzt die Abwehrwirkung des ordre public im Rahmen eines Anerkennungsverfahrens.[2)] Für eine Rechtsordnung, die den ordre public bei der Anerkennung der fremden Urteile innerhalb desselben Rechtskreises einschränkt

---

1) Justice Black in Donovan v. City of Dallas (412/413):
"Der Kongreß hat in keiner Weise die alte und anerkannte, von den Gerichten ausgesprochene Regel gelockert, daß Staatsgerichte keinerlei Befugnis haben, in personam Verfahren (s. oben S. 199) Bundesgerichten ... zu verbieten. Es ist unerheblich, daß das Verbot hier an die Parteien und nicht an das Bundesgericht selbst gerichtet war." (Übers. v. Verf.)

2) so insbesondere ist Goldstein v. Goldstein zu verstehen.

oder gar ausgeschlossen hat, darf man erwarten, daß sie sich auch des Hilfsmittels der injunction entledigt.

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, daß die injunction als ein Rechtsbehelf mit Ausnahmecharakter gute Dienste leisten kann. Selbst im Fall der Vereinheitlichung verschiedener Gerichtsbarkeiten sind Situationen denkbar, die durch die Regeln über Einreden oder von Amts wegen zu berücksichtigender Prozeßhindernisse nicht gerecht gelöst werden können. Die injunction in personam dient hier als generalklauselartiges Institut der Korrektur atypischer Fälle. Da keine generelle Regelung alle Situationen erfassen kann, bedarf es dieses Instrumentes, das aber vernünftigerweise über den Weg der unerlaubten Handlung, also in personam, den Konflikt zwischen der Gerechtigkeit im atypischen Einzelfall und der Gerechtigkeit der typischen Fälle, die von der gesetzlichen Regelung typisch prozessualer Natur erfaßt werden, löst. In diesen Fällen dürfte auch der Aspekt der rechtswidrigen Parteihandlung den der Regelung des Verhältnisses zweier Gerichte verdrängen. Vernünftig ist die injunction in diesem Fall deshalb, weil die homogene Ordnung der Prozeßregeln nicht durch sie gestört wird. Denn die Konstruktion der injunction als eines atypischen Rechtsbehelfs gegen eine unerlaubte Handlung wird dem Richter klarmachen, daß er dieses Mittel nur im äußersten Fall einsetzen darf. Sie wirkt darüber hinaus nur auf die rechtswidrig handelnde Partei. Dadurch wird weiterhin klargestellt, daß nicht das Verfahren als solches vor F 1, sondern nur das rechtsmißbräuchliche Verhalten des Adressaten gebrandmarkt wird.

Diese Überlegung führt dazu, im deutschen Recht, wo die Entwicklung durch Rechtsprechung und Wissenschaft

für die Zukunft noch zu prägen ist, Unterlassungs-Schadensersatzklagen gegen ausländische Prozesse nur im Rahmen des § 826 BGB, sozusagen als Notbremse, zuzulassen.